Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers.

Inaugural-Dissertation

zur

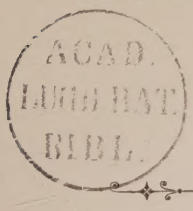
Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Kurt Pallmann,
Referendar.



Rostock.
H. WINTERBERG'S BUCHDRUCKEREI.
1904.

Meiner Mutter

und dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0112

Inhalts-Übersicht.

Begriff . . . . . § 1

I. Teil.

Historische Entwicklung des Instituts.

A. Jus offerendi et succedendi

Quellenmässige Grundlagen . . . . § 2

Zweck des ius offerendi et succedendi § 3

Voraussetzungen . . . . . § 4

Wirkungen . . . . . § 5

B. Weiterentwicklung in Deutschland.

Gemeines Recht . . . . . § 6

Allgemeines Landrecht . . . . . § 7

II. Teil.

Eintrittsrecht nach B.G.B.

I. Allgemeines . . . . . § 8

II. Voraussetzungen des Eintrittsrechts.

A. Voraussetzungen des Entstehens.

Auf Grund des § 268: . . . . . § 9

a. Der Gläubiger muss die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betreiben.

b. Durch die Zwangsvollstreckung muss ein Dritter, der sogenannte Eintrittsberechtigte, Gefahr laufen, ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren.

c. Zwischen der Zwangsvollstreckung und dem Verlust des Rechts muss ein Kausalzusammenhang bestehen.

Auf Grund des § 1150: . . . . . § 10

Sonstige Fälle . . . . . § 11

a. § 1249

b. §§ 1142, 1223 Abs. II

B. Voraussetzungen der Ausübung

Befriedigung . . . . . § 12

III. Wirkungen (der Ausübung) des Eintrittsrechts

Wirkungen . . . . . § 13

1. Im allgemeinen.

2. Im einzelnen.

a. Gegenüber dem Befriedigten.

b. Gegenüber dem Eingetretenen.

1) Bei rein chirographarischen und dinglich oder durch Verbürgung gesicherten Forderungen.

2) Bei rein dinglicher Belastung.

c. Gegenüber dem Schulder.

IV. Schranken der Wirkung.

Nemo subrogat in se. . . . . § 14

Litteratur.

Adamkiewicz im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 56.

Bachofen, das römische Pfandrecht. Basel 1847.

Biermann, das Sachenrecht des B.G.B. Kommentar. Berlin 1903.

Böhm, das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Brinz, Pandekten. 2. Auflage Bd. II. Erlangen 1882.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Jena 1900.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Tüaingen und Leipzig 1902.

Decker, die sogenannte cessio legis. Diss. Greifswald 1902.

Denkschrift zum Zwangsversteigerungsgesetz, in den »gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen« (Hahn-Mugdan) Bd. V. Berlin 1897.

Dernburg, Pandekten Bd. I. Berlin 1896.

„ , das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Bd. II. Leipzig 1864.

„ , Preussisches Privatrecht Bd. I. Halle 1894.

Dernburg, das bürgerliche Recht Bd. II, 1 und Bd. III. Halle 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I. Berlin 1903.

Exner, Österreichisches Hypothekenrecht. Leipzig 1881.

Fischer-Henle, B.G.B. Handausgabe mit Anmerkungen. München 1899.

Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und Preussen. Berlin 1902.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. III. Berlin 1896.

Gaupp-Stein, die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich Bd. II. Tübingen und Leipzig 1901.

Glück, Erläuterungen der Pandekten Bd. 19. Erlangen 1817.

Günther, das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1899—1900.

R. Günther, die Wirkungen des Pfandverkaufs nach dem B.G.B. Diss. Rostock 1903.

Hachenburg, das B.G.B. Vorträge. Mannheim 1900.

Hartmann, die Obligation. Erlangen 1875.

Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.

Haubold, über das ius offerendi. In Barth, Dissertationen Bd. IV. Augsburg 1838.

Holländer, das ius offerendi et succedendi. Diss. Erlangen 1894.

Jaeckel, das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. Berlin 1901.

P. Jäckel, diss. de successione hypothecaria, Breslau 1868.

Jaeger, die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. Berlin 1902.

Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 22. Berlin 1901.

Karsten, die fingierte Cession. Rostock 1874.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Bd. II. Berlin und Leipzig 1884.

Leske, vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Preussischen A.L.R. Bd. I. Berlin 1899.

Lenel, das edictum perpetuum. Leipzig 1883.

Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. V.

v. Löhr im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 14.

Maenner, das Recht der Gründstücke nach dem B.G.B. und der Grundbuchordnung. München 1899.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I und II. Berlin 1900.

Michelsen, der Forderungsübergang kraft Gesetzes. Diss. Rostock 1901.

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. (Guttentag) Bd. III. Berlin 1896.

Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung in den »gesamten Materialen zu den Reichs-Justizgesetzen« (Hahn) Bd. IV. Berlin 1881.

Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1836.

W. Müller, civilistische Abhandlungen I. Teil. Giessen 1833.

Mycielski, diss. de iuris offerendi origine. Berlin 1848.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. Bd. I. Berlin 1903.

Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1900.

Oertmann im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 82.

„ , das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. Kommentar. Berlin 1899.

Planck, Kommentar zum B.G.B. Bd. I. (Berlin 1897), Bd. II (1900), Bd. III (1902).

Predari, Kommentar zum B.G.B. und zu den Nebengesetzen Teil II. Berlin 1902.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. (Guttentag). Berlin 1899.

Puchta, Jnstitutionen Bd. II. Leipzig 1893.

Regelsberger im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 63.

Regely, das ius offerendi. Diss. Berlin 1893.

Sarvey und Bossert, die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Scherer, Sachenrecht des B.G.B. Erlangen 1900.

Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht Leipzig 1899.

Schmid, Grundlehren der Cession Bd. I. Braunschweig 1866.

Schmidt, allgemeine Grundsätze des Pfandrechts. Breslau 1840.

Schollmeyer, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers. Halle 1877.

„ , allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse des B.G.B. (Kommentar). München 1900.

Schott in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 15.

Schwind. Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1799.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.

Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897,

Staudinger, das B.G.B. Kommentar. Obligationenrecht erläutert von Mayring. München 1901. — Sachenrecht erläutert von Kober-München 1903.

Stolzenberg, das Ablösungsrecht des § 268 B.G.B. Diss. Erlangen 1903.

Strohal in der deutschen Juristen-Zeitung, VIII. Jahrgang (1903) Nummer 16/17.

Struckmann und Koch, Civilprozessordnung für das Deutsche Reich Bd. II Berlin 1901.

Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen Bd. I. Paderborn 1902.

Voss in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 15.

Weissbart, das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung nach § 268 B.G.B. Diss Würzburg 1899.

Windscheid-Kipp, Pandekten. Frankfurt a. M. 1900.

Wolff, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Gesetz vom 24. März 1897. Kommentar. Berlin 1899.

§ 1.

Begriff.

Weder im B.G.B. noch in einem anderen der neueren Reichsgesetze findet sich als technische Bezeichnung der Ausdruck »Eintrittsrecht«. Auch die Motive zum Entwurf eines B.G.B. kennen ihn nicht In der sich an unser bürgerliches Recht anschliessenden Litteratur wird er nur sehr vereinzelt verwandt.[1] Die meisten Schriftsteller fassen die hierher gehörigen Fälle zusammen als Ablösungs-,[2] Einlösungs-, Befriedigungsrecht u. s. w.

Wenn man sich auf den Sprachgebrauch und eine natürliche Betrachtung der Rechtsverhältnisse stützt, so gehören hierher Fälle, in denen jemand, ohne dazu an sich verpflichtet zu sein, die Schuld eines Dritten tilgt und dafür die Rechte des befriedigten Gläubigers

[1]) Dernburg, das bürgerliche Recht, Bd. II, 1 S. 109; Bd. III S. 606 u. 764. — Böhm, das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht S. 36. — Leske, vergleichende Darstellung des B.G.B. und des preussischen A.L.R. Bd. I S. 543. — Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 565. — Planck, bürgerliches Gesetzbuch Bd. III Bem. 5 zu § 1144. — Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht Bd. I S. 715.

[2]) z. Bsp. die Motive zum Entwurf eines B.G.B. Bd. III Ueberschrift zu § 1081.

erhält. Es scheiden daher aus alle die Fälle, in denen jemand zur Tilgung einer Schuld verpflichtet ist, sei es prinzipaliter, accessorisch oder subsidiär. In letzterer Beziehung kommen nach B.G.B. folgende Rechtsverhältnisse in Betracht:

»Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.«[1]

»Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers auf ihn über.«[2]

»Das Gleiche — nämlich der nach dem unterhaltspflichtigen Verwandten haftende Verwandte hat den Unterhalt zu gewähren — gilt, wenn die Rechtsverfolgung gegen einen Verwandten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Der Anspruch gegen einen solchen Verwandten geht, soweit ein anderer Verwandter den Unterhalt gewährt, auf diesen über.«[3]

»Soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde den Unterhalt gewährt, geht der Unterhaltungsanspruch des Kindes gegen den Vater auf die Mutter oder den Verwandten über.«[4]

Der Fall, dass ein Eintritts-Recht vertraglich begründet wird, ist zwar denkbar, wird aber praktisch

---

[1]) § 426 Abs. II B.G.B.
[2]) § 774 Abs. I S. 1. B.G.B.
[3]) § 1607 Abs. II B.G.B.
[4]) § 1709 Abs. I, S. 1 B.G.B.

kaum vorkommen, er kann daher ausser Betracht bleiben. Im folgenden wird immer von einem gesetzlich begründeten Eintrittsrecht die Rede sein. Als Fälle dieser Art kennt das B.G.B.:

1) § 268 Abs. I, S. 1:

»Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.«

L. c. Abs. III, S. 1:

»Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über.«

2) § 1150:

»Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück, so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung«.

3) § 1142 Abs. I in Verbindung mit § 1143 Abs. I:

»Der Eigentümer ist berechtigt den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Ist der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über.«

4) § 1249:

»Wer durch die Veräusserung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den

Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.«

5) § 1223 Abs. II in Verbindung mit § 1225 S. 1:

»Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über.«

Zu erwähnen bleibt noch § 1266 bezw. § 1272 B.G.B. (Verpfändung eines Schiffes oder einer Schiffsgart).

Gemeinsam ist allen diesen Fällen, dass der Befriedigende in casu concreto der Gefahr gegenübersteht, ein (dingliches) Recht an der Sache (Eigentum: §§ 1142/43, 1223/25; Niessbrauch, nachstehende Pfandrechte, sonstige dingliche Rechte: §§ 268 Abs. I, S. 1, 1150, 1249) oder den Besitz (§ 268 Abs. I S. 2, § 1150) zu verlieren.

Mithin werden wir den Begriff des Eintrittsrechts (Ablösungsrechts, Befriedigungsrechts u. s. w.) bestimmen können als die Befugnis des an einer Sache dinglich Berechtigten oder des Besitzers einer Sache, im Falle des durch die begonnene oder vollendete Durchsetzung des Rechts eines Dritten drohenden Rechts- bezw. Besitzverlustes diesen Dritten zu befriedigen und an seine Stelle zu treten.

Es ist sonach das Eintrittsrecht des B.G.B. eine Ausgestaltung und Weiterentwicklung der schon im römischen Recht dem nachstehenden Pfandgläubiger gewährten Befugnis, den vorstehenden Pfandgläubiger

abzufinden und in seine Stelle einzurücken, des in der späteren gemeinrechtlichen Doktrin, zuerst von den Glossatoren[1] sogenannten jus offerendi et succedendi. Seine Rechtsschicksale bis zum B.G.B. mögen daher im folgenden kurz behandelt werden.

[1]) Vgl. Regely, das jus offerendi S. 1.

I. Teil.

Historische Entwicklung des Instituts.

A. Jus offerendi et succedendi.

§ 2.

Quellenmässige Grundlagen.

Während uns die römischen Juristen die übrige Entwicklung des Pfandrechts bis in die kleinsten Einzelheiten genau schildern, schweigen sie über den Ursprung des ius offerendi vollständig.

Dreierlei Ansichten finden sich darüber in der Litteratur vertreten. Nach der ersten soll das ius offerendi beruhen auf dem ius honorarium[1], nach der zweiten soll es seine Einführung verdanken dem ius civile[2], nach der dritten Ansicht endlich soll seine Quelle das Kaiserrecht[3] sein.

[1]) Vgl. Haubold, über das ius offerendi. In Barth, Dissertationen Bd. 4 S. 213.

[2]) Vgl. Jäckel, Diss. de successione hypothecaria S. 28. — Bachofen, das römische Pfandrecht S. 497 Nr. 6. — Mycielski, Diss. de iuris offerendi origine S. 1 ff. — Vgl. auch Dernburg, das Pfandrecht Bd. II S. 519, 520.

[3]) Vgl. Schmid, Grundlehren der Cession Bd. I S. 319 ff., S. 341 f. — Adamkiewicz, im Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 56 S. 47. — Regely a. a. O. S. 7 ff.

Die erste erwähnte Ansicht beruft sich auf den letzten Teil der formula hypothecaria:

»Si soluta erit pecunia aut pro ea satisfactum perve creditorem stetit, quominus id fieret, iudicium non dabo.«[1]

Jedoch besagt dies nur: dem nicht besitzenden Pfandgläubiger wird, wenn ihm für seine Forderung Zahlung geboten bezw. sonst Sicherheit geleistet, oder wenn beides durch ihn unmöglich geworden ist, die actio hypothecaria versagt. Davon, dass der eine Pfandgläubiger den anderen abfinden könne, findet sich darin keine Spur. Wäre ausserdem dies die Wurzel, so hätten die römischen Juristen sie sicher erkannt und hervorgehoben.

Nach der zweiten Ansicht soll der nachstehende Hypothekarius sich anfangs dies Recht besonders ausbedungen haben. Allmählich sei es so häufig geworden, dass man diese Klausel stillschweigend unterstellte, und schliesslich sei es so wesentlich geworden, dass es garnicht wegbedungen werden konnte und dem Nachhypothekar auch gegen den Willen des Schuldners zustand.[2]

Es ist also aus einem accidentale zu einem naturale und schliesslich zu einem essentiale geworden, so dass wir hier denselben Vorgang hätten wie beim pactum de vendendo! Von einer solchen Entwicklung, ja von einem pactum de succedendo überhaupt wissen die

[1]) Vgl. Haubold a. a. O. S. 212 f. — Vgl. auch Lenel, das edictum perpetuum S. 397.

[2]) Vgl. die S. 17 Anm. 2 Citierten.

Quellen kein Wort.[1] Das pactum de vendendo behandeln sie ausführlich und zeigen uns dessen Entwicklung Schritt für Schritt, erwähnen dabei wie auch sonst beim Pfandrecht oft Dinge, die auch für sie als längst veraltet garnicht mehr praktisch waren. Das Institut ist plötzlich da. Gajus erwähnt es überhaupt nicht. In der angeblich vom ius offerendi handelnden l. 11 § 4 D. qui pot. 20,4 sagt er kein Wort vom Einrücken.[2] Er verwendet nicht die sonst üblichen Ausdrücke succedere oder subire, sondern sagt weiter nichts als: die actio des ersten Pfandgläubigers sei wirkungslos. L. 3 D. quae res pignori 20,3 spricht zwar in ihrem vorletzten Satze vom ius offerendi; dieser Satz ist aber nicht ein Citat aus Titus Aristo, sondern eigene Bemerkung des Paulus selbst, argumentum: die Worte der l. cit.:

»videamur, an dici possit, huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo.«

Auch die späteren Juristen, welche das Institut erwähnen, beziehen sich nie auf das pactum de offerendo et succedendo.[3]

Diesem aus dem Schweigen der Quellen über die Ausbildung hergeleiteten Gegenargument kann man nun nicht damit begegnen, dass man behauptet, zur Zeit der früheren klassischen Juristen habe das ius offerendi keiner besonderen Abrede mehr bedurft.[4] Es

[1]) Dies giebt selbst. Mycielski a. a. O. S. 16 zu.
[2]) Vgl. auch Mycielski a. a. O. S. 49.
[3]) Vgl. auch Regely a. a. O. S. 7.
[4]) So Mycielski a. a. O. S. 44.

wird hierbei übersehen, dass das Institut als dann sehr häufig hätte angewandt werden müssen. Es wäre schon den früheren Juristen auf Schritt und Tritt entgegengetreten; sie hätten den dringendsten Anlass gehabt, sich mit ihm zu beschäftigen. Tun sie das nicht, so folgt daraus, dass es zu ihrer Zeit überhaupt noch nicht ausgebildet war.

Für sein spätes Entstehen spricht auch noch der Umstand, dass es lange nicht so durchgebildet ist wie andere Institute des römischen Rechts.

Die dritte Ansicht, der auch wir uns anschliessen, sucht den Ursprung in einer Kaiserkonstitution. Dafür spricht, dass die ersten Erwähnungen unseres Instituts sich im Codex finden, und dass die Juristen, die es zuerst behandeln und die durchweg um die Wende des zweiten und dritten Jahrhunderts lebten, kein Bedürfnis fühlen, seinen Ursprung zu begründen, sowie endlich, dass zu der Zeit, wo unser Institut zuerst auftaucht, die Ausbildung des Rechts bereits in den Händen der Kaiser lag.[1]

Aber auch direkte Quellenzeugnisse haben wir und zwar:

1) in l. 12 § 12 D. de capt. et de postlim. 49,15 Tryphoninus libro IV disputationum:

»Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur, et si creditor obtulerit ei qui redemit, quando redemptus est, habet obligationem et in prioris debiti

[1]) Vgl. Schmid a. a. O. Bd. I S. 309 u. 342. — Regely a. a. O. S. 8.

causam et in eam summam, qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa.«

Derjenige, welcher den redemptor eines ihm verpfändeten Sklaven befriedigt, erwirbt an ihm ein Pfandrecht auch für die Loskaufssumme; und zwar, fährt der Jurist fort, beruhe dies Pfandrecht auf derselben Konstitution wie das ius offerendi. Unter constitutio aber verstand man damals und überhaupt das Kaiserrecht.

2) In l. 1 C. de his qui 8,17 von Severus und Caracalla:

»Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.« (Vgl. auch l. 1 C. de his qui 8,18.)

Eine weitere Stütze für diese Ansicht finden Adamkiewicz[1], Schmid[2], Regely[3] in der Erwägung, dass Cl. Tryphoninus in naher Beziehung zu Alexander Severus gestanden hat. Daraus nämlich folgern sie, dass l. 1 C. de his qui 8,17 die in l. 12 § 12 D. de captivis 49, 15 gemeinte »quaedam constitutio« ist. In ihrer Allgemeinheit beweist aber diese Erwägung garnichts, noch dazu, wenn sie mit einem so allgemeinen Ausdruck wie »quaedam constitutio« in Verbindung gebracht wird.

[1]) a. a. O. S. 47 Anm.
[2]) a. a. O. S. 342.
[3]) a. a. O. S. 9.

§ 3.

Zweck des ius offerendi et succedendi.

Über die Voraussetzungen und Wirkungen des ius offerendi geben uns die Quellen nur dürftige Auskunft. Das Genauere kann nur aus der ratio des Instituts abgeleitet werden.

Als Zweck führen die Quellen nur ganz allgemein an: Festigung[1] des dem Nachhypothekar zustehenden Pfandrechts, was auch durchaus zutrifft. Denn in der Tat bedurfte er eines solchen Schutzes dringend. Hatte doch in Rom nur der erste Pfandgläubiger ein vollkommenes Pfandrecht. Ihm allein stand das Recht des Pfandverkaufes zu, nicht dem Nachhypothekar.

Das erscheint uns als das Ergebnis der l. 6 D. de nautico faenore 22, 2; l. 20 D. qui potiores 20, 4; l. 96 § 3 D. de solut. 46,3.

Besonders charakteristisch scheinen uns hierfür l. 20 D. qui potiores 20,4, in welcher nebeneinander gestellt werden die »hyperocha huius rei« und die »res quae tibi pignori data esset« — gerade im Hinblick auf »hyperocham debitor obligasset«, und l. 6 D. de

[1]) Regely a. a. O. S. 10 bezeichnet es als »Konsolidationsmittel«, ein Ausdruck, der die uns nicht sonderlich glücklich gewählt zu sein scheint, da er die vielen von dem Worte »Konsolidation«gedeckten Begriffe — man vergleiche das Servituten-, Bergrecht und das Recht der Staatspapiere — noch um einen neuen vermehrt, der mit keinem der vorhandenen irgendwelche Beziehungen hat und Missverständnissen nur Vorschub leistet.

Richtiger wäre es jedenfalls, wenn der von uns angenommene Ausdruck »Festigung nicht treffend sein dürfte, das quellenmässige Wort »confirmatio« zu übernehmen.

nautico faenore 22, 2 (»si quid superfuisset, pignori accepit«).[1]

Wir sehen also in der sogenannten Verpfändung einer bereits verpfändeten Sache für das römische Recht nur eine Verpfändung der hyperocha, d. h. des Überschusses des Pfanderlöses über den Betrag der vorstehenden Pfandforderungen.[2] Dazu trat dann im Laufe der Zeit eine Verpfändung der Sache selbst für den Fall, dass das Pfandrecht des primus wegfalle. Arg. l. 15 § 2 D. de pign. 20,1:

»ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit.«

Nichts anderes sagt Afrikanus in l. 9 § 3 D. qui potiores 20,4.

Die Verpfändung wird also als bedingt angesehen. Daraus erklärt es sich, dass die Quellen sagen können in l. 1 D. de distr. pign. 20,5:

»nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit« und in l. 5 pr. D. 20,5:

»Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.«

Was hat es für einen Sinn, diese Stellen dahin zu interpretieren: er kann verkaufen, aber ohne bleibende

[1]) Vgl. auch Holländer, das ius offerendi et succedendi S. 6.

[2]) So auch v. Löhr im Archiv f. d. zivilistische Praxis Bd. 14, S. 170.

Wirkung?![1] Er kann eben in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger (titulo pignoris) gerade nicht (nullo iure) verkaufen. Wäre die hier bekämpfte Ansicht richtig, so könnte l. 8 C. qui pot. 8,17 nimmermehr sagen:

»nec alias secundum distrahendi huius pignoris potestatem assequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas« und ebensowenig die schon zitierte l. 5 pr. 20,5:

»venditionem recte facit«, nämlich »cum oblata priori pecunia in locum eius successerit.«

War für einen Gewinn bedeutete überhaupt ein praktisch absolut wertloses Recht? Es wäre ohne jedes Interesse, und nur wo ein Interesse besteht, wird und wurde ein Recht anerkannt.

Wir sprechen also dem secundus bezw. jedem posterior creditor die Veräusserungsbefugnis ab[2] und konstruieren sein Recht nicht als Pfandrecht im eigentlichen Sinne — denn sein essentiale fehlt ja gerade —, sondern nur als eine unentziehbare Anwartschaft auf Erwerb eines vollen Pfandrechts (gerade wie bei einem bedingten Rechtsgeschäft) und einen Anspruch auf die hyperocha.

Es wird sogar gesagt, dass dieser Anspruch überhaupt kein Recht sei (l. 12 § 9 D. qui potiores 20, 4);

---

[1]) So Windscheid, Pandekten Bd. I § 241 S. 1100.

[2]) Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 170. — Sintenis, Pfandrecht S. 653 f. — Dernburg, Pfandrecht Bd. II S. 482 f. — Haubold a. a. O. S. 206. — Regely a. a. O. S. 12. — Holländer a. a. O. S. 6. — Vgl. auch Bachofen a. a. O. S. 493 Abs. III; **a. M.** Windscheid a. a. O. § 241 Anm. 3 und 5 und die dort Zitierten.

denn das in Rede stehende ius offerendi wird hier als sein einziges Recht behandelt. »Nihil aliud iuris habet«, sagt der Jurist, »nisi ut solvat priori et in locum eius succedat.« Indessen trifft das mehr den ökonomischen Effekt als den juristischen Kern der Sache.

Erst nach Befreiung des Pfandobjekts von der Haftung für die Forderung des Vorhypothekars konnte der secundus creditor, wie schon erwähnt, ein Recht an dem ganzen Pfandobjekt erhalten; aber immer nur kraft besonderen Abkommens mit dem Schuldner.[1]

Später hatte der Nachhypothekar dies Recht auch ohne besondere Abrede, »simpliciter« (l. 12 § 7 D. qui pot. 20, 4). Seine Stellung war aber infolge der alleinigen Befugnis des primus creditor, das Pfandobjekt im Falle seiner Nichtbefriedigung durch den Pfandschuldner privatim zu verkaufen, eine sehr unsichere, zumal sein Anspruch auf die hyperocha dadurch bedingt war, dass der Vorstehende zum Verkauf schritt, er aber kein Mittel hatte, ihn dazu zu zwingen.[2]

»Invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est (l. 6 pr. D. de pign. act. 13, 7).

Dazu kam noch, dass jener keine Rücksicht beim Verkauf zu nehmen brauchte.[3] Denn qui suo iure utitur, neminem laedit, so dass also der Satz: »malitiis indulgendum non est« hier keine Anwendung fand (l. 38 D. de rei vind. 6, 1). Beachtet man weiter, dass die grosse Anzahl gesetzlicher und privilegierter Pfand-

[1]) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 481 f.
[2]) Vgl. Dernburg a. a. O. S 519.
[3]) Vgl. auch E. R. G. Bd. 12, S. 261.

rechte trotz des Satzes: »prior tempore potior iure« stets vor einem auch an erster Stelle stehenden Hypothekar rangierten, also mit dem Augenblick ihres Entstehens sein Recht entwerteten, so leuchtet ein, wie notwendig ein Mittel war, das den Nachstehenden gegen den Verkauf seitens eines Vormannes sicherte und ihm selbst den Verkauf ermöglichte. Dies leistete aber das ius offerendi.

§ 4.

Voraussetzungen.

1. Voraussetzung des Entstehens des ius offerendi ist das Vorhandensein mehrerer im Range einander nachstehender Pfandgläubiger. Mithin steht das ius offerendi nicht zu dem dritten Besitzer der Pfandsache und blossen Personalgläubigern (l. un. § 3 C. etiam ob chirogr. 8, 26).

Nicht erforderlich ist, dass die Pfandgläubiger im Range unmittelbar auf einander folgen.[1]

Ob auch der vorstehende Pfandgläubiger seinen Nachmann abfinden kann, ist streitig. Für die Abfindungsbefugnis des Vorstehenden scheint für das vorklassische Recht die schon erwähnte Stelle aus den sententiae des Paulus zu sprechen:

»sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere von prohibetur.«

[1]) Vgl. l. 16 D. qui pot. 20, 4; l. 3 D. quae res 20, 3; Julii Pauli libri V. sententiarum II Tit. 13 § 8.

Gegen die Abfindungsbefugnis des Vorstehenden spricht vor allem der Zweck des ius offerendi und der Umstand, dass die justinianeische Kodifikation diese Ausnahme nicht aufgenommen hat[1] (vgl. insbesondere die Titelüberschriften von tit. 4 lib. XX D. und tit. 18 lib. VIII C.: »de his qui in priorum creditorum locum succedunt«).

Beachtenswert ist auch, dass in l. 7. pr. §§ 1 -3 C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39 dem besseren Pfandgläubiger als ausschliessliches Rechtsmittel gegen den nachstehenden die actio hypothecaria zugestanden wird.[2]

Aus diesen Gründen entscheiden wir uns gegen die Abfindungsbefugnis des vorstehenden Pfandgläubigers.

Gleichgiltig ist, ob das Pfandrecht legale oder conventionale ist (vgl. l. 3 D. qui pot. 20, 4; l. 4 C. de his qui 8, 18). Es können also auch die privilegierten Pfandgläubiger abgefunden werden, wie dies ja auch dem Zweck des Instituts entspricht.

---

[1]) Vgl. auch Regely a. a. O. S. 29. — Manche Autoren, z. B Müller (civilistische Abhandlungen I. Teil S. 69 ff.) wollen allerdings in l. 5 C. qui pot. 8, 17 ein Eintrittsrecht des besseren Pfandgläubigers ausgesprochen sehen. Diese Quellensrelle besagt:

»Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriose loco pignus accepisti, debitum offerre: sed si tu ei omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur.«

Wir verneinen aber, dass hier gerade die alleinige Abfindungsbefugnis des posterior creditor scharf hervorgehoben wird. Vgl. auch Holländer a. a. O. S. 39. — Regely a. a. O. S. 27 f.

[2]) Vgl. auch Sintenis a. a. O. S. 414 f. — Holländer a. a. O. S. 39.

2. Voraussetzung der Ausübung des ius offerendi ist nur, dass der posterior hypothecarius dem Vormanne den gesamten Betrag seiner Forderung anbietet, einschliesslich Zinsen und sonstiger Accessionen (vgl. l. 5 C. 8, 17; l. 1 eod.; l. 22 C. 8, 13; l. 12 § 6, l. 20 D. 20, 4; l. 23 § 1 D. 20, 5).[1]

Teilanbietungen sind nicht zulässig (l. 5 C. cit.).

In der Regel muss der Nachhypothekar die Leistung so, wie sie der Schuldner zu bewirken hat, anbieten. Datio in solutum dürfte an sich ausgeschlossen sein, sie bedarf immer der Zustimmung des Empfängers.[2] Wird sie aber angenommen, so wirkt sie kraft der Willenseinigung der Beteiligten.

Aufrechnung ist deshalb unzulässig, weil dem prior creditor nur gegen den debitor, nicht gegen den posterior eine Forderung zusteht.

Nimmt der prior creditor die ordnungsmässig angebotene Leistung nicht an, so ist der posterior zur Versiegelung und gerichtlichen Deposition berechtigt (l. 1 C. qui pot. 8, 17).[3]

Über die Frage, wie sich der posterior creditor die zur gehörigen Oblation nötige Kenntnis von der Höhe der dem Vormann zustehenden Forderung verschafft, sagen die Quellen nichts. Einen Anspruch auf Auskunftserteilung gegen den Vormann hat er zweifellos

---

[1]) Zustimmung des Vormannes ist nicht erforderlich. Er wird sogar gegen seinen ausdrücklichen Willen abgefunden.

[2]) A. M. Regely a. a. O. S. 35 ohne Begründung.

[3]) Vgl. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte § 45 S. 485.

nicht. In Übereinstimmung mit Dernburg[1] wird man aber sagen können: auf Grund des zwischen ihm und dem Pfandschuldner geschlossenen Pfandvertrages hat er gegen den Pfandschuldner einen Anspruch darauf, dass dieser ihm die zur Ausübung seines Rechts erforderlichen Angaben macht, eventuell mit der actio pigneraticia in personam.

Zulässig ist die Ausübung des ius offerendi nur solange, bis der prior creditor zum Verkauf geschritten ist (l. 3 pr. D. 20, 5). Ausgeschlossen ist sie, wenn der Nachmann den Vorstehenden bei Lebzeiten des Schuldners 40 Jahre, nach dessen Tode 30 Jahre im Besitz der Pfandsache gelassen hat (l. 7 § 3 C. de praescr. XXX vel XXXX annorum 7, 39).[2]

§ 5.

Wirkungen.

I. Im allgemeinen.

Als Wirkung des ausgeübten ius offerendi, mag reale Befriedigung erfolgt sein oder der Vormann in Annahmeverzug sein, könnte man in unmittelbarem Anschluss an die Worte der zitierten Quellenstellen »Festigung« angeben. Das wäre aber der wirtschaftliche, nicht der juristische Effekt.

Daneben sprechen die Quellen noch von einem »loco oder in ius succedere«, »in locum substitui«,

[1]) a. a. O. S. 528.

[2]) Vgl. Windscheid a. a. O. § 233b S. 1053.

»transire« usw. (vgl. l. 12 § 9 D. 20, 4; l. 16 eod.; l. 4 C. 8, 18; l. 3 D. 20, 3).

Eine genauere Auskunft aber erhalten wir nicht. Nur soviel ist ohne weiteres klar, dass dem Befriedigenden eine Forderung, die genau so wie die des Abgefundenen hypothekarisch gesichert ist, zusteht. Wie er aber diese Forderung erwirbt, ist sehr bestritten.

Tritt er in die gesamte dingliche und persönliche Rechtsstellung des Vormannes ein bezw. übt er dessen Rechte nur aus, oder entsteht eine neue Forderung und ein neues Pfandrecht, mit dem sich nur der Rang des früheren verbindet, oder geht endlich die Forderung des prior unter, sein Pfandrecht aber über und verbindet es sich mit der neu entstandenen Forderung des posterior?

Zu den Anhängern der ersten Theorie zählen besonders Glück[1], Linde[2], Sintenis[3], Adamkiewicz[4], Haubold[5], Bachofen[6], Puchta[7], Mühlenbruch[8], Schmid[9] u. a. m.

---

[1]) Erläuterungen der Pand. Bd. 19 S. 362.

[2]) in der Zeitschrift für Civilrecht und -Prozess Bd. V. S. 291 f.

[3]) a. a. O. S. 417.

[4]) a. a. O. S. 38 ff., S. 42, 47 f.

[5]) a. a. O. § 11 S. 214 ff.

[6]) a. a. O. S. 520 ff.

[7]) Institutionen Bd. II S. 259.

[8]) a. a. O. § 45 (»Gesetzliche Cessionen«). Vgl. besonders S. 483 ff.

[9]) a. a. O. S. 305 ff., S. 328 f.

Die zweite Ansicht wird insbesondere vertreten durch Schmidt[1], Dernburg[2], welcher sich anschliessen Schott[3], Karsten[4] u. a.

Vertreter der dritten Theorie endlich sind: Brinz[5], Windscheid[6], Voss[7] und Regely[8].

Den Quellen scheint uns allein die Auffassung zu entsprechen, nach welcher die ursprüngliche Forderung nicht untergeht. Vgl. l. 12 § 6 D. qui potiores 20, 4 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam:

»Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam im suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est.« l. 16 D. qui potiores 20, 4:

»cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit.«

Dafür sprechen aber auch alle Stellen, die vom Übergange des Pfandrechts reden, wie l. 4 C. 8,18; l. 3 D. 20,3 u. a. m.

---

[1]) Allgemeine Grundsätze des Pfandrechts S. 241,258,261.
[2]) a. a. O. S. 493 ff.
[3]) in Ihering's Jahrbüchern f. D. Bd. 15 S. 56.
[4]) Die fingierte Cession S. 113 ff., S. 126.
[5]) Pandekten Bd. II § 348, Anm. 12.
[6]) a. a. O. § 233b, Anm. 16.
[7]) in Ihering's Jahrbüchern f. D. Bd. 15 S. 332 ff.
[8]) a. a. O. S. 46 ff., S. 61.

Nähme man an, die Forderund erlösche, so müsste man mindestens einen Augenblick lang ein Pfandrecht ohne Forderung haben. Das erkennen aber die Quellen nicht an.[1]

Nicht gegen die von uns vertretene Ansicht spricht der Umstand, dass die Quellen im vorliegenden Falle sehr häufig von »solvere« sprechen. Solvere kann zwar Aufhebung des obligatorischen Bandes durch Zahlung bedeuten; es liegt aber kein Grund dazu vor, dies hier anzunehmen, zumal sich auch der Ausdruck »dimittere« findet, der gewissermassen dem deutschen »ausschalten« entspricht.[2]

Ausserdem haben wir in dem analogen Fall, dass einer der Bürgen zahlt, ein ausdrückliches, dagegen sprechendes Quellenzeugnis in l. 36 D. de fideiussoribus 46,1:

»Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestat actiones.«

Vgl. auch l. 76 D. de solutionibus et liberationibus 46,3:

---

[1]) Vgl. l. 61 pr. D. ad S. C. Tr. 36,1: »remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.« — Vgl. auch Holländer a. a. O. S. 21 ff.

[2]) Vgl. l. 16 D. 20,4; Paul. sent. II, 15 § 8.

»— — — — cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.«

Es wird also mehr das dem Gläubiger gegenüber Geschehende betont, als das die eigentliche Obligation Tangierende des Aktes.[1]

Auch das Pfandrecht besteht fort, es findet keine Neubegründung statt, wie schon hervorgehoben, sodass nicht nur die vermittelnde Theorie, die vom Untergange der Forderung und Verbindung der dinglichen Sicherheit mit einer neuen Forderung spricht, sondern auch die Theorie, welche beides untergehen und ein neues Forderungsrecht und ein neues Pfandrecht entstehen lässt, abzuweisen sind. Gegen letztere spricht insbesondere noch, dass im römischen Recht nirgends der Rang eines Pfandrechts als etwas so Selbständiges anerkannt ist, dass er von ihm abgelöst werden könnte.

Es findet aber eine eigentliche Singularsuccession nicht statt. Der moderne Begriff der Singularsuccession in Forderungen ist mit der römischen Obligation unvereinbar. Was übergehen konnte, war nicht das Gläubigerrecht selbst, sondern nur seine Ausübung, die actio.

Nach dieser Auffassung wurde dann die actio des ursprünglichen Gläubigers inutilis. Dementsprechend

[1]) Vgl. Hartmann, die Obligation S. 37 ff. und die diesbezüglichen Erörterungen nach B.G.B. unten S. 99 ff.

sagt auch für unseren Fall die l. 11 § 4 D. qui potiores 20,4:

»priori creditori inutilem esse actionem.«

Der Offerent erhält also die Ausübungsbefugnis[1] der Forderung und folgeweise auch die ihres Accessoriums, des Pfandrechts.

Insoforn springt eine gewisse Ähnlichkeit mit der römischen Cession in die Augen. Eine gewisse Analogie ist freilich nicht von der Hand zu weisen; es liegt aber tatsächlich gar keine Cession vor. Cession ist nach rein-römischem Recht Übertragung der Forderung kraft Übereinkunft der Parteien. Hier aber wird der den Cedenten repräsentierende Teil ja wider seinen Willen herausgesetzt. Die römischen Juristen haben dieses Einrücken in die Ausübung auch nie als Cession betrachtet. In den Stellen, in denen analoge Verhältnisse behandelt werden unter Heranziehung der Kategorie »Forderungskauf«, wird ausdrücklich ein »quodammodo« hinzugefügt und dadurch zur Genüge kenntlich gemacht, dass es sich nur um eine wissenschaftliche Fiktion handelt.[2]

II. Im besonderen.

Es geht also nur die Ausübung der Rechte des Vormannes über, nicht das Recht an sich.

---

[1]) Will man hier den Begriff der Succession, wie es häufig geschieht, doch anwenden, so kann man höchstens von einer unvollkommenen sprechen.

[2]) Vgl. auch Regelsberger im Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 63 S. 158, 159. — Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II S. 343 Anm. 7 und S. 346.

Der posterior creditor hat also

1) die actio hypothecaria,

2) die persönliche Schuldklage des Ausgeschalteten gegen den Schuldner[1]; und zwar beide Klagen als utiles (arg. l. 11 § 4 D. qui potiores 20,4).

Er kann die Sache, wenn sie etwa der Abgefundene doch veräusserte, an sich bringen. Ebenso kann er jetzt den Besitz der Pfandsache beanspruchen. Weitere Pfänder und Ansprüche aus Bürgschaften stehen ihm zu, ebenso Privilegien der Forderung (l. 4 C. 8, 18).

War die Pfandforderung bedingt oder befristet, so bewirkte das keine Veränderung.[2]

[1]) Er hat nicht etwa ein actio negotiorum gestorum. Diese Ansicht hat bereits Papinian abgewiesen in l. 12 § 6 D. qui potiores 20,4:

»Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum« (wo magis vielmehr, im Gegenteil bedeutet; vgl. Adamkiewicz a. a. O. S. 40).

Marcianus schliesst sich dem an: »et verum est«.

Noch einmal wird diese Ansicht ausdrücklich verworfen von den Kaisern Diokletian und Maximian in l. 22 C. de pign. 8,13.

Trotzdem hat sie noch heute Vertreter, so vor allem Windscheid a. a. O. § 233b. Anm. 16; Voss a. a. O. S. 353; Regely a. a. O. S. 37.

Dernburg (Pfandrecht II S. 519) gibt dem Abfindenden nur eine actio pigneraticia contraria gegen den Pfandschuldner, augenscheinlich von seiner Auffassung aus: die Schuld ist bezahlt, also Forderung und Pfandrecht erloschen — unter dem Gesichtspunkt der versio in rem.

Auch die Widerlegung dieser Ansicht ergibt sich aus unseren Ausführungen (vgl. auch l. 5 D. 20,5: »servandi sui pignoris causa videtur pecuniam dedisse).

[2]) A. M. Linde a. a. O. Bd. V S. 293 f. Wir erachten ihn aber durch das Ausgeführte für hinreichend widerlegt.

Zinsen von Zinsen, die der Offerent dem Abgefundenen gezahlt hat, kann er vom Pfandschuldner nicht fordern (l. 22 C. de pignoribus 8,13).

B. Weiterentwicklung in Deutschland.

§ 6.

Gemeines Recht.

In dieser im römischen Recht entwickelten, im corpus iuris festgelegten Gestalt kam das ius offerendi et succedendi nach Deutschland.

Allein in Bezug auf die Wirkung trat hier eine tiefgreifende Änderung ein: die römische Auffassung von dem Wesen der obligatio als eines vinculum personale trat gegenüber der deutschrechtlichen Auffassung der Schuld als eines objektiven, von dem ursprünglich subjektiven völlig ablösbaren und auf andere übertragbaren Vermögensbestandsteils zurück. Dieselbe Entwicklung wie bei der Cession vollzog sich auch hier, wesentlich gefördert dadurch, dass schon die Quellen ihre Analogie verwendeten, so l. 11 § 1 qui potiores 20,4 und die in gewisser Beziehung ähnlichen Fälle der l. 36 D. 46,1; l. 76 D. 46,3.

Man brachte diesen Fall unter den Begriff der cessio legis oder ficta und übertrug die für die cessio voluntaria entwickelten Sätze ohne weiteres.

Man nahm einen Eintritt in die gesamte persönliche und dingliche Rechtsstellung an und zwar eines

ipso iure erfolgenden: also eine vollkommene Succession.

Von Bartolus und Baldus an bis auf Glück, Sintenis, Mühlenbruch, Adamkiewicz u. a. m. ist es beinahme communis opinio. Erst im 19. Jahrhundert fanden sich Dissentienten. Schmidt, Dernburg, Brinz, Windscheid gehören zu ihnen.

Aus dem Übergange des Forderungsrechts ergibt sich als Konsequenz auch der Übergang des Pfandrechts. Steht dem Abfindenden aber beides der Substanz nach zu, so ergeben sich erst recht die Konsequenzen, die schon das römische Recht gezogen hat.

§ 7.

Allgemeines Landrecht.

Das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten gestaltete das Institut noch weiter aus. Es behandelt dasselbe im Teil I, Titel 20 §§ 36—41 unter der Überschrift: »Vom Eintrittsrechte eines jüngeren Pfandgläubigers oder eines Bürgen«, wo die §§ 36 und 37 besagen:

»Die gerichtliche Veräusserung einer giltig verpfändeten Sache kann von andern, die darauf ebenfalls ein Recht erlangt haben, nur durch vollständige Befriedigung des Pfandgläubigers abgewendet werden.«

»Der Pfandgläubiger ist schuldig, einem jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache, ingleichen dem,

welcher für die Schuld Bürgschaft geleistet hat, gegen eine solche vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten.«

Das Eintrittsrecht haben also nach Landrecht alle dinglich Berechtigten, nicht bloss nachstehende Pfandgläubiger. Der Kreis der dinglichen Rechte ist ferner ein wesentlich grösserer wie im römischen Recht (vgl. I, Tit. 21 § 2 A. L. R.) Auch obligatorische Rechte werden durch Besitzerlangung dinglich (z. B. Mieter, Pächter, Leiher).

Insofern aber stimmt das Landrecht mit dem römischen Recht überein, als es das Eintrittsrecht nur gegenüber dem Pfandgläubiger gibt.[1] Für den Ursprungsfall aber, nämlich dem Pfandgläubiger gegenüber, hat das A. L. R. seine Bedeutung wesentlich eingebüsst. Denn jeder Pfandgläubiger ist ohne Rücksicht auf den Rang befugt, den gerichtlichen Verkauf bezw. die Zwangsversteigerung zu beantragen, wenn seine Forderung vollstreckbar ist.[2]

Es hat aber an praktischem Wert wieder gewonnen für den Fall der Immobiliar-Zwangsvollstreckung durch das Gesetz betreffend die Zwangsversteigerung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883. Denn nach diesem Gesetz ist die Durchführung der Zwangsvollstreckung für nachstehende Gläubiger insofern sehr erschwert, als infolge Aufnahme nur der Vorhypotheken

[1]) Sei er ein vorstehender oder nachstehender.

[2]) Vgl. Förster und Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. III S. 510 N. 60. — Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. I S. 838. — Koch, Preussisches A. L. R. Bd. II S. 747 N. 63.

in das »geringste Gebot« und infolge der Vorschrift, dass, wenn dies erreicht ist, zugeschlagen werden muss, ein Ausfall der Nachhypotheken zu befürchten ist.[1]

[1]) Einen besonderen Fall des Eintrittsrechts bei mehreren Korrealhypotheken statuiert § 205 Zw.V.G. vom 13. 7. 1883: »Ist in dem Verfahren der Zwangsversteigerung eine Hypothek oder Grundschuld, welche auf mehreren Grundstücken ungeteilt haftet, bei der Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigt und ein zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers ausreichendes Gebot nicht abgegeben worden, und ist für die Forderung des betreibenden Gläubigers eins der für die erstere Forderung mithaftenden Grundstücke gleichfalls mitverhaftet, so ist der betreibende Gläubiger berechtigt, die Abtretung der ersteren Forderung gegen vollständige Berichtigung derselben zu fordern. Ist die Forderung nicht fällig, so kann das Recht nur mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten unter Verpflichtung des Kündigenden zur Zahlung ausgeübt werden. Vgl. hierüber ausführlich Dernburg a. a. O. S. 884 f. — Förster und Eccius a. a. O. S. 510 f. — Regely a. a. O. S. 113 ff.

II. Teil.

Eintrittsrecht des B.G.B.

§ 8.

I. Allgemeines.

Noch weiter ausgedehnt hat dies schon im bisherigen Recht vorhandene Institut das B.G.B., wie die im § 1 dieser Arbeit angeführten Fälle zeigen.

Es gibt die in Rede stehenden Befugnisse nicht nur wie im römischen Recht dem Pfandgläubiger oder wie das A.L.R. jedem dinglich Berechtigten, sondern im § 268 ganz allgemein im Recht der Schuldverhältnisse jedem, der durch die vom Gläubiger in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betriebene Zwangsvollstreckung Gefahr läuft, ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren.

Daneben erwähnt es noch gesondert im Sachenrecht Fälle des Eintrittsrechts in den §§ 1150 und 1249:

»Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung« (§ 1150).

»Wer durch die Veräusserung des Pfandes[1] ein Recht an dem Pfande verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist« (§ 1249) — und als besondere Ausgestaltung dazu die Fälle der §§ 1142 Abs. I und 1223 Abs. II:

»Der Eigentümer[2] ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.« (§ 1142 Abs. I).

»Der Verpfänder[2] kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.« (§ 1223 Abs. II).

Das Gleiche gilt nach § 1266 B.G.B. für den Verpfänder eines Schiffes und nach § 1272 auch für den Verpfänder einer Schiffspart, wenn das Schiff nach der Verpfändung veräussert ist.

Die besondere Erwähnung dieser letzteren Fälle ist nur erfolgt aus Zweckmässigkeitsrücksichten[3], einmal um jeden Zweifel zu beseitigen und dem Gläubiger das Recht zu nehmen, bei Widerspruch des persönlichen Schuldners die Annahme der Leistung abzulehnen (vgl. § 267 Abs. II B.G.B.). Bei § 1142 empfahl sich die Aufnahme dieser Bestimmung noch besonders darum, weil an sich der Eigentümer[4] nicht zur Zahlung, sondern

[1]) Pfand ist nach B.G.B. stets Mobiliarpfand.

[2]) Der nicht persönlicher Schuldner ist, wie sich aus § 1143 bezw. § 1225 ergibt.

[3]) Vgl. Motive Bd. III S. 689 f. und S. 815.

[4]) D. h. wenn er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist.

nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verpflichtet ist.[1]

II. Voraussetzungen des Eintrittsrechts.

A. Voraussetzungen des Entstehens.

§ 9.

Auf Grund des § 268.

1) Im allgemeinen.

§ 268 konstatiert ein Eintrittsrecht, wenn dem Berechtigten die Gefahr droht, durch eine vom Gläubiger in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betriebene Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz der Sache zu verlieren.

2) Im einzelnen.

a. Der Gläubiger muss die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betreiben.

Der **Gläubiger** muss die Zwangsvollstreckung betreiben. Gleichgiltig ist, ob es der ursprüngliche oder ein durch Gesamt- (§ 1922 ff.) oder Sondernachfolge (§ 398 ff.) an seine Stelle getretener ist.

---

[1]) So auch Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes S. 139 ff. — Neumann, B.G.B. Bd. I Bem. 1 zu § 1142 und Vorbem. zu § 1113. A. M. Fuchs, das Grundbuchrecht. Bd. I (Materielles Grundbuchrecht) S. 458, der da annimmt, gestützt auf die Begriffsbestimmung der Hypothek in § 1113, § 1147, B.G.B., der Eigentümer habe die Pflicht, aus dem Grundstück zu zahlen — im Widerspruch mit den Motiven (III, S. 689) und der herrschenden Meinung; wie wir vermeinen, mit Unrecht, denn sonst wäre § 1142 (§ 1180 Entwurf I) nicht nötig.

Streitig ist, ob unter Gläubiger hier persönliche zu verstehen sind; m. a. W. ob es sich handelt um die Zwangsvollstreckung wegen Forderungen oder auch um Zwangsvollstreckung wegen dinglicher Rechte. Wir sind mit Schollmeyer[1] der Ansicht, dass im § 268 nur die Zwangsvollstreckung wegen Forderungen, nicht wegen dinglicher Rechte gemeint ist und folgeweise auch nur persönliche Gläubiger, dass es also nicht zutrifft, wenn Oertmann[2] davon spricht, dass die Rechte aus § 268 auch gegen einen Pfandgläubiger gegeben seien. Anderseits ist es m. E. ebenso unzutreffend, wenn Kober[3] den Anspruch des Dritten aus § 1150 auch gegen den betreibenden persönlichen Gläubiger gerichtet hält. Für unsere Auffassung spricht die Stellung des § 268 im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, während die Eintrittsbefugnis wegen dinglicher Rechte in den §§ 1150, 1249 (1142, 1223) B.G.B. besonders und der Natur der Sache entsprechend im Sachenrecht geregelt ist. Bei Annahme der bekämpften Meinung wäre § 268 offensichtlich überflüssig.

Auch verlangte noch der Entwurf I (in welchem der § 268 noch fehlte) in § 1081, dass der Gläubiger

---

[1]) Schollmeyer, allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. Bem. 1 zu § 268. — Vgl. auch Böhm, a. a. O. S. 212.

[2]) Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse. Bem. 1 zu § 268.

[3]) Kober in Staudinger's Kommentar zum B.G.B. Bd. III Bem. 1 zu § 1150.

ein Hypothekar bezw. Grundschuldgläubiger sei! Es heisst dort:

»Wenn der Gläubiger auf Grund der Hypothek Befriedigung verlangt.«

Da nun ein persönlicher Gläubiger, der kraft vollstreckbaren Titels die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erwirkt hat, durch sein Vollstreckungsrecht anderen Realberechtigten gefährlich werden kann — was auch die Motive (a. a. O. S. 691) zugeben, aber bei der angeblichen Seltenheit des Falles als durch § 227 (jetzt § 267) und § 1094 (jetzt §§ 1173, 1163, 1143) hinreichend vorgesehen annehmen —, so führte man einen § ein, der die Ausübung des Eintrittsrechts gegen den persönlichen Gläubiger gestattete.[1]

Liess man nun daneben die ursprünglichen §§ im Gesetz bestehen, so ergibt sich klar und scharf die Absicht des Gesetzgebers daraus, § 268 nur persönlichen Gläubigern entgegenzustellen.

Eine Konsequenz des Obigen, nicht etwa im Widerspruch mit demselben ist es, dass § 268 Anwendung findet, wenn ein Hypothekengläubiger auf Grund persönlicher Klage Zwangsvollstreckung betreibt.[2]

Indes nicht jede Forderung reicht im Zwangsvollstreckungsstadium hin, um das Eintrittsrecht zu be-

[1]) § 268 wurde erst durch einen Beschluss des Justizausschusses des Bundesrats in das B.G.B. aufgenommen. Vgl. Planck Bd. II Erl. 1 zu § 268. — Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B. Bd. III S. 578 f.

[2]) Vgl. Fuchs a. a. O. Erl. II b und I b zu § 1150 S. 474.

gründen. Richtet sich die Forderung und folgeweise die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes, so ist die Anwendbarkeit des 268 ausgeschlossen, da die Befriedigung des Gläubigers gerade in der Herausgabe der Sache, also in dem bestünde, was vermieden werden soll.[1] Hierher gehört auch der Fall der sogenannten generisch-gemischten Obligationen.[2] Es scheiden daher aus alle Fälle der §§ 883ff. C.P.O., wenn es sich handelt um

1) Herausgabe oder Räumung einer unbeweglichen Sache oder eines bewohnten Schiffes,
2) bestimmte bewegliche Sachen,
3) Herausgabe einer Quantität bestimmter beweglicher Sachen (z. B. zwei Pferde des Schuldners nach Auswahl des Gläubigers),
4) um Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere (z. B. zehn Scheffel Roggen von dem bei dem Schuldner lagernden Roggen.)

Ferner ist das Eintrittsrecht ausgeschlossen bei höchstpersönlichen Leistungen.

Es muss sich mithin um Forderungen handeln, die jeder (beliebige) Dritte zu erfüllen fähig ist, d. h. um solche, bei denen der Schuldner nicht in Person zu leisten hat (§ 267) — in Gemässheit besonderer Abrede oder der Natur der Sache nach.

In Frage kommen daher zumeist Geldforderungen und sonstige Forderungen aus einer reinen Gattungsschuld (z. B. zehn Scheffeln Kartoffeln), im allgemeinen

[1]) Vgl. auch Schollmeyer a. a. O. Bem. 2a zu § 268.
[2]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. Bem. 2 zu § 243.

alle Forderungen, die ein Dritter entweder schon an sich oder nach den obwaltenden besonderen Umständeu erfüllen kann. Wir denken an Fälle, wo vereinbart ist, es sollen geleistet werden z. B. zehn Scheffel Weizen von dem auf dem Kornboden des Schuldners lagernden Weizen,und nun ein zur Erfüllung erforderlicher Teil desselben durch irgendwelche Umstände in den Besitz eines Dritten gelangt ist.[1]

Ausgeschlossen sind jedoch Geldstrafforderungen. Die Ansicht Stolzenberg's,[2] dass auch bei Zwangsvollstreckung wegen Geldstrafforderungen die Ausübung des Eintrittsrechts zulässig sei, verkennt völlig Begriff und Wesen der Strafe und des Eintrittsrechts. § 268 kann überhaupt hier garnicht in Frage kommen.[3]

Er bezieht sich auf Forderungen, d. h. Ansprüche privatrechtlicher Natur. Die Geldstrafe aber ist ein Rechtsverhältnis publizistischer Natur. Sie findet ihre Regelung im Reichsstrafgesetzbuch, in der Strafprozessordnung und im sonstigen diesbezüglichen öffentlichen Recht, nicht aber im bürgerlichen Gesetzbuch. Selbst wenn man über diesen fundamentalen Unterschied hinwegsehen könnte, so würde doch immer, wie sich aus dem oben Angeführten zur Genüge ergibt, ein Eintrittsrecht nur möglich sein bei Forderungen, die stets dieselben bleiben, ganz gleich, welchem Subjekt sie zustehen.

Besonders charakteristisch tritt die Verschiedenheit bei der Nichtzahlung hervor. Bei der Geldstrafe wird

[1]) Ähnlich Weissbart, das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung S. 16.

[2]) Stolzenberg, das Ablösungsrecht des § 268 B.G.B. S. 14 f

[3]) So auch Dernburg II, 1 S. 108 f.

Freiheitsstrafe substituiert und also mindestens ihr Äquivalent erzwungen. Bei privatrechtlichen Forderungen gilt in letzter Linie der Satz:

»Wo nichts ist, hat der Kaiser sein Recht verloren.«

Aus dem begriffsmässigen Übel würde also, wenn der Schuldner weiter nichts hat als den das Eintrittsrecht begründenden Gegenstand, das gerade Gegenteil werden, ein Erfolg, welcher mit dem Zweck der Strafe und der Idee der Gerechtigkeit in unlösbaren Widerspruch stünde.

Es mag Stolzenberg[1] zugegeben werden, dass mit der von uns vertretenen Theorie die Interessen des Dritten geschädigt werden können. Indes die Aufrechterhaltung der Gerechtigkeit ist ein höheres Interesse, und hinter dasselbe hat private Interesse des einzelnen in jedem Fall zurückzutreten.

Was hilft es endlich, wenn Oertmann[2] ausführt: »der Fiskus braucht die Zahlung des Dritten nicht anzunehmen, so lange ihm nicht nachgewiesen wird, dass der Dritte nur als Vertreter handelt und die Strafe dem Endzweck nach den Verurteilten treffen wird.«

Wie soll ein solcher Nachweis geführt werden? Nicht bloss die Verhängung der Strafe, sondern auch ihre ganze Vollstreckung ist öffentlich-rechtlich geregelt. Nur zu dem Bestraften steht der Staat in Beziehung, nicht zu jedem Dritten. In keiner Weise ist der Anspruch des Dritten, wie ihn Oertmann statuiert, zu konstruieren.

β. Es muss **Zwangsvollstreckung** betrieben werden. Zwangsvollstreckung ist diejenige Tätigkeit

[1]) a. a. O. S. 15 Abs. III.

[2]) Oertmann, die Zahlung fremder Schulden. S. 395.

staatlicher Organe, welche auf zwangsweise Verwirklichung von in öffentlich-rechtlicher Form festgestellten Ansprüchen gerichtet ist.

Zwangsvollstreckung umfasst also sowohl das, was man gewöhnlich Zwangsvollstreckung nennt, also die Mobiliarzwangsvollstreckung, als auch die Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, sowie die Eintragung einer Sicherungshypothek.[1]

Wir möchten ohne Bedenken hierhin auch den Fall des Arrestes stellen; denn auch er ist Zwangsvollstreckung, allerdings anticipierte Zwangsvollstreckung.[2]

Das erkennt die C.P.O. auch an, indem sie seine Wirkungen genau so bemisst wie bei der sonstigen Zwangsvollstreckung. Vgl. insbesondere die §§ 916, 930, 932 C.P.O.

Nicht hierher fällt:

a. Alles, was begrifflich nicht Zwangsvollstreckung ist. Deshalb scheiden aus die Fälle, in denen reichsgesetzlich die Versteigerung oder Verwaltung eines Vermögensgegenstandes im Wege rechtlichen Zwanges zugelassen ist, ohne dass eine Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand in Frage steht:[3]

α) Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung auf Antrag des Konkursverwalters (§§ 172—174 Zw.V.Z.),

[1]) Vgl. aber unten S. 67.

[2]) Vgl. Günther, das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung S. 5. — Vgl. auch Weissbart a. a. O. S. 11f.

[3]) Vgl. Denkschrift zum Zw.V.G. S. 66. — Fischer Schäfer a. a. O. Vorbem. zum 3. Abschn. S. 557. — Neumann, bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. Bem. 1 zu § 268.

β) Zwangsversteigerung zum Zwecke der Deckung von Nachlassverbindlichkeiten (§§ 175—179 Zw. V. G., § 126 K. O.),

γ) Zwangsversteigerung teilungshalber. (§§ 180—184 Zw. V. G.)

b. Was kraft positiver Rechtsvorschrift nicht Zwangsvollstreckung ist. Wo von einer Zwangsvollstreckung nicht die Rede sein kann, weil der Gesetzgeber gewisse Gegenstände für unpfändbar erklärt, kann deshalb das Eintrittsrecht nicht Platz greifen. Hierher gehören die Fälle der §§ 850, 851, 811 C.P.O., § 399 B.G.B.

Im Falle des § 851 Abs. 2 C.P.O. aber ist die Zwangsvollstreckung und folgeweise auch das Eintrittsrecht wieder zulässig.

Eine eigentümliche Stellung nimmt § 865 Abs. 2 C.P.O. ein. Er behandelt das Zubehör. Dasselbe ist unpfändbar im Wege der Fahrniszwangsvollstreckung,[1] wohl aber kann es im Wege der Immobiliarzwangsvollstrekung in Beschlag genommen werden.

c. Das Konkursverfahren. Dasselbe ist nur eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern.[2]

Diese Auffassung ist auch in Theorie und Praxis seither stets herrschend gewesen.[3] Auch das B.G.B.

[1]) Allerdings können dingliche Rechte daran bestehen. Vgl. dazu das S. 68 Gesagte.

[2]) Vgl. Motive zu dem Entwurf einer K. O. Einleitung S. 41.

[3]) Vgl. Sarvey und Bossert, die Konkursordnung für das Deutsche Reich S. 15. — Seuffeert, Deutsches Konkursprozessrecht § 1 S. 1—3. — Jaeger, die Konkursordnung Anm. 1 zu § 72.

hat sie angenommen, indem es in den §§ 499 und 512 Verkauf bezw. Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter einander gleichsetzt.

Ebensowenig ist Zwangsvollstreckung alles, was nur zu ihrer Vorbereitung dient, indem nämlich erst auf Grundlage dessen die Anrufung der Zwangsgewalt erfolgen kann, was deshalb noch keinen Anfang des staatlichen Zwanges enthält. Daher scheiden aus: Notfrist- bezw. Rechtskraftattesterteilung, Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, Hinterlegung einer Sicherheit, Zustellung des Titels der Vollstreckungskausel oder Hinterlegungsquittung.

γ. Die Zwangsvollstreckung muss **betrieben** werden. Betreiben bedeutet hier entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch: tätig werden mit einem bestimmten Ziele.

Betrachten wir daraufhin das Vollstreckungsverfahren, so gilt für dasselbe der Grundsatz, dass die Vollstreckung, wenn sie einmal beantragt ist, in der Regel von Amtswegen zu Ende geführt wird.[1] Demnach zerfällt das Zwangsvollstreckungsverfahren in zwei Stadien:

1) die Antragstätigkeit des Gläubigers, die Anrufung des staatlichen Zwanges,

2) die dadurch veranlasste Offizialtätigkeit des Gerichts, die Verwirklichung des staatlichen Zwanges.

[1]) Vgl. auch Gaupp - Stein, Civilprozessordnung. Bd. II. Vorbemerkung zum 1. Abschn. des 8. Buches S. 839.

Zu 1 wird der Gläubiger persönlich direkt und unmittelbar tätig; zu 2 ist er die massgebende Veranlassung. Von unmittelbarer Tätigkeit ist keine Rede.

Nach der ganzen Struktur unseres Prozess- und Vollstreckungsverfahrens muss man die Antragstellung als »Betreiben« der Zwangsvollstreckung ansehen. Aber auch die Offizialtätigkeit des Gerichts wird man, da der Gläubiger dieses Stadium mit vollem Bewusstsein herbeigeführt hat, es also durchaus seinem Willen entspricht, als notwendige, mit seiner anfänglichen Tätigkeit ipsa lege verbundene Folge, als »mittelbares Betreiben« der Zwangsvollstreckung ansehen müssen, will man nicht mit dem Zweck und Wesen des im § 268 geregelten Instituts in Widerspruch geraten.

Gegen die von uns damit vertretene Theorie, dass der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, wenn er den Auftrag an den Gerichtsvollzieher, die Sache zu pfänden, gibt bezw. wenn er den Antrag an das Vollstreckungsgericht einreicht,[1] ist einwendet worden:

1) Jene Handlungen sind in der Regel für den Berechtigten nicht erkennbar;[2]

2) es sei noch garnicht sicher, dass gerade der Gegenstand, wegen dessen das Eintrittsrecht besteht, gepfändet wird. Denn der Gerichtsvollzieher sei unbeschränkt, er könne pfänden, was er wolle und was

[1]) Vgl. §§ 753—755 C. P. O., §§ 15, 16, 164, 77 Abs. II. Zw. V. G.

[2]) Vgl. Stolzenberg a. a. O. S. 22 Abs. III.

er finde. Es bestehe auch noch gar keine Gefahr, der Gläubiger habe noch kein Recht am Gegenstande gewonnen;[1]

3) man würde für die Mobiliarzwangsvollstreckung und die Zwangsversteigerung zu ganz verschiedenen Zeitpunkten der Entstehung der Eintrittsberechtigung kommen, § 268 aber regele den Zeitpunkt einheitlich;[2]

4) hat man die Protokolle zu § 1081 (Entwurf I.) dagegen zu verwenden gesucht.[3]

Prüfen wir diese Gründe!

Die Erkennbarkeit bezw. Nichterkennbarkeit für den Berechtigten kann nicht ausschlaggebend sein. Sie involviert eine gewisse Schwierigkeit für den Berechtigten, macht aber keineswegs sein Recht unmöglich. Er kann höchstens sein Recht de facto nicht ausüben.

Auch bei der gewöhnlichen Mobiliarzwangsvollstreckung kann der Auftrag des Gerichtsvollziehers von von vornherein auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt werden. Es spricht kein Grund dagegen. Dafür spricht einmal das in § 803 C.P.O. enthaltene Verbot der Überpfändung und auch das sich logisch ergebende der zwecklosen Pfändung. Es kann ja ein berechtigtes Interesse des Gläubigers dafür sein: er weiss z. Bsp., alle anderen Gegenstände sind unentbehrlich, oder sie sind auf sogenannten Leihkontrakt

[1]) Weissbart a. a. O. S. 14 Abs. III.

[2]) Weissbart ebenda. — Stolzenberg a. a. O. S. 22. Abs. III a. E.

[3]) Stolzenberg a. a. O. S. 24 f.

entnommen. Der Umstand endlich, dass, was freilich die Regel ist, der Auftrag des Gerichtsvollziehers unbeschränkt ist, die etwaige Pfändung also jeden anderen Gegenstand ergreifen könne, dass es noch garnicht sicher sei, ob zur Ausübung des Eintrittsrechts Anlass gegeben sei,[1] der Gläubiger auch noch gar kein Recht an dem Gegenstande habe, bewirkt nur eine faktische Erschwerung. Es mag vielleicht vom wirtschaftlichen Standpunkt irrationell sein, das Recht auszuüben, namentlich dann, wenn mehrere Gläubiger nacheinander auftreten könnten; aber dagegen kann sich der Abfindende selber schützen. Er braucht ja erst abzufinden, wenn der Abzufindende ein Pfändungspfandrecht erworben hat. Dasselbe ist accessorium der Forderung und geht auf ihm über. Endlich kann es auch dem berechtigten Interesse des Abfindenden entsprechen, gerade einen Gegenstand, der dann auch als eventueller Gegenstand des Pfändungspfandrechts in Betracht kommt, auf jeden Fall sich zu sichern.

Die von Weissbart vermisste Gewissheit, ob zur Ausübung des Eintrittsrechts Anlass gegeben sei, ergibt sich schon hinreichend aus der Stellung des Antrags bezw. Erteilung des Auftrags. Denn jetzt vollzieht sich das Weitere von selber.

Was dann schliesslich den Einwand der noch mangelnden Gefahr betrifft, so ist zu sagen:

Wie nachher oben S. 67 näher auszuführen sein wird, heisst Gefahr laufen: es liegt die naheliegende

[1]) Weissbart a. a. O. S. 14/15.

Möglichkeit und begründete Besorgnis des Verlustes vor. Diese Möglichkeit und Besorgnis sind nun mit dem Augenblick, wo der Gläubiger den Auftrag gibt, bezw. den Antrag einreicht, hinreichend nahe gerückt; denn nach menschlichem Ermessen und Berechnen und nach der praktischen Erfahrung kommt es jetzt nicht nur zur Pfändung, sondern auch zur Versteigerung. Nicht bloss das Eintreten dieser letzten, äussersten Eventualität, sondern auch schon das der vorhergehenden hintenan zu halten, erheischt das berechtigte Interesse des Eintrittsberechtigten.[1]

Gerade die Protokolle zu § 1081 Entw. I., der in gewisser Beziehung die Vorstufe zu § 268 B.G.B. bildete, widerlegen — mag der § 1081 auch nur von Immobilien sprechen — die Ansicht der Gegner.[2] Man braucht sie nur genau zu lesen:

»Während der Entwurf das Ablösungsrecht einerseits demjenigen, von dem der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke beansprucht, ohne weiteres, anderen Realberechtigten dagegen, die Gefahr laufen, durch die Zwangsversteigerung ihr Recht zu verlieren, erst dann gewährt, wenn die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben wird, wollten die Anträge diese Unterscheidung fallen lassen und das Ablösungsrecht auch den bezeichneten Realberechtigten schon dann gewähren, wenn der Hypothekengläubiger die Befriedigung aus dem Grundstück gerichtlich oder ausser-

[1]) Vgl. Protokolle III S. 578.

[2]) Vgl. dazu schon Regely a. a. O. S. 127 f.

gerichtlich verlangt; unter der gleichen Voraussetzung wollten sie auch demjenigen, welcher Gefahr läuft, durch die Zwangsversteigerung den Besitz (oder. wie der Antrag 1 ergänzend hinzufügte, den mittelbaren Besitz) zu verlieren, insbesondere also dem Mieter und dem Pächter, ein Ablösungrecht geben. Gegen diesen Vorschlag wurde nun insoweit ein Bedenken erhoben, als er das in das Recht des Gläubigers erheblich eingreifende Ablösungsrecht von der unbestimmten Voraussetzung abhängig macht, dass der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstüche verlangt; statt dessen wurde verlangt:

Das Ablösungsrecht von der gerichtlichen Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs abhängig zn machen.

Die Kommission lehnte jedoch diesen Vorschlag ab und nahm die Anträge in der hier fraglichen Beziehung an. Sie war der Ansicht, es sei nicht gerechtfertigt, das Ablösungsrecht der durch eine etwaige Zwangsversteigerung in ihrem Rechte gefährdeten Realberechtigten erst mit dem Beginne der Zwangsversteigerung entstehen zu lassen. Sobald der Gläubiger mit dem Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstücke hervortrete, sei die Gefahr der Zwangsversteigerung hinreichend nahegerückt, so dass ein berechtigtes Interesse der Realberechtigten anerkannt werden müsse, den Eintritt dieser Gefahr zu verhindern. Die Verzögerung der Ablösung, welche der Entwurf zur Folge haben würde,

bewirke nur, dass die Kosten der Einleitung der Zwangsversteigerung nutzlos aufgewendet seien.«

Wir nehmen hier also im Einklang mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch an, dass »die Zwangsvollstreckung betreiben« eine Tätigkeit des Gläubigers bedeutet. Nach dieser bemisst sich der Zeitpunkt des Entstehens der Eintrittsbefugnis.

Aus dem Angeführten ergibt sich ohne weiteres schon zwingend die Unrichtigkeit einer Theorie, die von derselben Erkenntnis ausgehend die Frage, von welchem Augenblick beginnt wegen Betreibens der Zwangsvollstreckung die Eintrittsbefugnis, dahin beantwortet: erst mit dem Augenblick der Anwendung der Zwangsgewalt[1], d. h. mit dem Beginn der Tätigkeit der zuständigen staatlichen Vollstreckungsorgane; also bei Mobilien mit der gemäss § 803 C.P.O. durch den Gerichtsvollzieher erfolgenden Pfändung bezw. durch Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner[2], oder bei Grundstücken mit dem Augenblick, wo der Richter den Anordnungsbeschluss unterschreibt.

Gegen die von den Gegnern aufgestellte Theorie sprechen auch ihre eigenen zur Bekämpfung der richtigen Theorie aufgestellten Argumente. Ist die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher, der Pfändungs- und

[1]) Weissbart a. a. O. S. 13. — Stolzenberg a. a. O. S. 25.

[2]) Auch das halten wir, abgesehen von der besonderen Unrichtigkeit im vorliegenden Fall, auch im allgemeinen für unrichtig. Denn die Zwangsvollstreckung beginnt bereits mit der Verfügung des Gerichts. — Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 341 und die dort Zitierten.

Überweisungsbeschluss des Gerichts, die Unterschrift des die Zwangsversteigerung anordnenden Beschlusses[1] dem Berechtigten etwa leichter erkennbar als die auf ihre Veranlassung gerichtete Tätigkeit des Gläubigers?

Ganz besonders spricht gegen sie aber auch der Umstand, dass der Gesetzgeber, hätte er das Tätigwerden staatlicher Organe als Zeitpunkt der Entstehung des Ausübungsrechtes gemeint, sich ganz anders ausgedrückt haben würde, zumal nach den zu § 1081 Entw. I. gestellten Abänderungsanträgen dazu begründeter Anlass vorlag. In den Worten »betreibt« usw. liegt ein bestimmter konkreter Hinweis auf die persönliche Tätigkeit des Gläubigers, ein so subjektives Moment, dass eine Theorie, die von seiner Tätigkeit soweit absieht, schon deshalb nicht zu billigen ist.

Die von den Gegnern hervorgehobenen Momente gehören zwar zur Betreibung der Zwangsvollstreckung. Sie bilden aber nicht den Entstehungspunkt des Eintrittsrechtes, sondern dasselbe entsteht bereits, wenn der Gläubiger in der Absicht, sich durch Tätigkeit der staatlichen Organe das ihm Zustehende zu verschaffen, nach aussen hin über seine Persönlichkeitssphäre hinaus tätig geworden ist.

Von da ab bis zum Augenblick, wo die Zwangsvollstreckung beendet ist, wird sie vom Gläubiger betrieben. Die hier in Rede stehende Voraussetzung ist also nur solange erfüllt, als die Zwangsvollstreckung noch fortdauert.

[1]) Vgl. Wolff, Zwangsversteigerungsgesetz S. 55 Bem. 4 zu § 15. — Denkschrift zum Zw.V.G. S. 38,39.

Ihr Ende[1] aber kann die Zwangsvollstreckung indem:

1) Durch Einstellung bezw. Unzulässigkeitserklärung gemäss § 775 Abs. I C.P.O., § 28 Zw.V.G. oder Aufhebung der Zwangsverwaltung gemäss § 161 Zw.V.G.

2) Durch Verzicht des Gläubigers oder sonstige Einwilligung (§ 843 C.P.O., § 29 Zw.V.G.). Wird nur einstweilen eingestellt (§§ 775 Abs. II C.P.O., 30 Zw.-V.G.), so besteht das Eintrittsrecht natürlich fort.

3) Im Falle der Ueberweisung einer gepfändeten Geldforderung an Zahlungsstatt (§ 835 C.P.O.); denn mit dem Augenblick, wo die Forderung gepfändet und überwiesen ist, ist der Gläubiger befriedigt.

Diese Pfändung und Überweisung wird aber erst wirksam nach § 829 Abs. III C.P.O. mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner. Folglich ist auch erst mit diesem Augenblick der Gläubiger befriedigt und besteht solangedas Eintrittsrecht.

Handelt es sich dagegen — wie gleich hier hervorgehoben werden mag — um Pfändung eines Anspruchs auf Herausgabe oder Leistung bestimmter körperlicher Sachen, so erwirbt der Gläubiger nach § 849 C.P.O. mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses nur ein Pfandrecht an der Forderung. Wird dem Pfändungsgläubiger dann der Gegenstand geleistet, so erwirbt er ein Pfandrecht an dem Gegenstande, so

[1]) Der begriffliche Beendigungsgrund: völlige Befriedigung des Gläubigers (§ 819 C.P.O., §§ 107, 117 Zw.V.G.) kommt nicht in Frage, weil aus den S. 62 ff. anzugebenden Gründen schon das Eintrittsrecht begrifflich und nach des Gesetzes Worten unmöglich ist.

dass er nicht mehr Zwangsvollstreckung in eine Forderung (Gegenstand im weiteren Sinne), sondern in eine Sache (Gegenstand im engeren Sinne) betreibt, für die dann das weiter unten zu Erörtende gilt.

δ. Die Zwangsvollstreckung bezw. Zwangsversteigerung muss betrieben werden in einem **dem Schuldner gehörigen Gegenstand,** d. h. wie sich aus der obigen Erörterung S. 43 ergibt, dem persönlichen Schuldner gehörigen. Der durch die Zwangsvollstreckung angegriffene Gegenstand muss einen Teil seines Vermögens bilden.

Der Begriff »Gegenstand« umfasst nun nach der Ausdrucksweise des B.G.B.'s körperliche und unkörperliche Sachen im Sinne des gemeinen Rechts, also auch Forderungen. Dies könnte zu der Ansicht führen, dass das Zwangsvollstreckungsobjekt nicht eine Sache im engeren Sinne zu sein braucht, sondern dass es auch genüge, wenn die Zwangsvollstreckung eine Forderung des Schuldners ergreife (vgl. Weissbart a. a. O. S.18).[1] Diese Anschauung würde aber mit den Worten des Gesetzes »dem Schuldner gehörigen« sich in Widerspruch setzen, sie würde mit Naturnotwendigkeit führen zu der Annahme eines Eigentums an einer Forderung.

[1]) Scheinbar besteht ein Eintrittsrecht auch bei der Zwangsvollstreckung wegen Forderungen, wenn es sich nämlich handelt um Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe oder Leistung bestimmter körperlicher Sachen. Indess — wie schon S. 58 gezeigt — findet hier eine Umwandlung der Rechte des Zwangsvollstreckungsbetreibenden statt, und erst dann, wenn in den herausgegebenen Gegenstand Zwangsvollstreckung betrieben wird, kann § 268 Platz greifen.

Das aber ist dem B.G.B. unbekannt.[1] Dazu kommt nun noch, dass das B.G.B. in den §§ 1177 und 1178, wo es die Rechtstellung des Dinglich-Berechtigten und des Obligatorisch-Berechtigten in Gegensatz stellt, und für den Fall, dass Hypothek und persönliche Forderung in einer Person sich vereinigen, Bestimmungen trifft, die Beziehungen zwischen Obligatorisch-Berechtigten und Obligation ausdrücklich bezeichnet mit dem Worte »zusteht«. Gebraucht es hier, wo es ex professo dies Verhältnis behandelt, einen Ausdruck, dem jede Beziehung auf das Eigentum fehlt, gerade im Gegensatz zum dinglichen Recht, so darf man bei der sonstigen Konstruktion des Schuldverhältnisses und der historischen Entwicklnng für den vorliegenden Fall annehmen, der Gesetzgeber habe hier bei den Worten »dem Schuldner gehörigen Gegenstand« nur körperliche Gegenstände im Auge gehabt.[2]

Aus demselben Grunde — nämlich weil ein Eigentum an ihnen nicht anerkannt ist — dürfte ausscheiden, was ausser den bereits erwähnten noch an Vermögensrechten übrig bleibt: z. B. absolute Rechte (vgl. § 857 C.P.O.), wie Persönlichkeitsrechte (Urheber-,

[1]) Vgl. auch Biermann a. a. O. Vorbem. 1 zum 3. Abschnitt und Vorbem. 1 zur Buchüberschrift. — Fuchs a. a. O. Bem. 1 zu § 903. — Planck a. a. O. Vorbem. 1 zum 3. Abschnitt.

[2]) Damit erledigt sich auch die Frage, ob bei Verpfändung einer Forderung aus Versicherung von Immobilien und ihnen gleichgestellten Gegenständen ein Eintrittsrecht zulässig sei. Diese Forderung ist kein dem Schuldner gehöriger Gegenstand. Die gegenteilige Meinung von Weissbart (a. a. O. S. 30) und Stolzenberg (a. a. O. S. 54,55) übersieht das vollständig.

Patentrechte usw.). Diese Rechte sind im B.G.B. nicht geregelt; wo aber der Gesetzgeber die Regeln desselben angewendet wissen will, bestimmt er die ausdrücklich. Arg.: § 413 B.G.B.

Es ist also nur, wie noch einmal zusammenfassend hervorgehoben werden mag, unter dem Ausdruck »dem Schuldner gehörigen Gegenstand« eine in seinem Eigentum stehende körperliche Sache zu verstehen.

Dieser körperlicher Gegenstand aber kann ferner gehören zum beweglichen oder zum unbeweglichen Vermögen. Denn dies entspricht der ratio legis und folgt aus § 90 ff. B.G.B. in Verbindung mit der Fassung des § 268 »Gegenstand«.

Steht der Gegenstand, in welchen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, nicht dem Schuldner zu, so ist, was sich per argumentum e contrario aus des Gesetzes Worten ergibt, das Eintrittsrecht ausgeschlossen.[1]

In allen diesen Fällen wird sich der Gefahr Laufende nur dann helfen können, wenn er an dem betreffenden Gegenstand ein die Veräusserung hinderndes Recht hat.[2] (§§ 771, 857 C.P.O.) Eventuell kann er sich gemäss § 267 Abs. I B.G.B. helfen, sofern nämlich des Schuldner nicht widerspricht.

[1]) Deshalb kann sich derjenige, dessen angebliches Eigentum an einem Grundstück durch Eintragung eines Widerspruchs geschützt wird, nicht des Eintrittsrechtes bedienen. Voraussetzung desselben ist Eigentum des Schuldners. Der Widerspruchsgeschützte bestreitet dasselbe aber, er kann auf dasselbe daher kein Recht gründen.

[2]) Dies wird für grundbuchlich wegen ihres Eigentums durch Widerspruch Geschützte der einzige Weg sein.

Weil es ein dem Schuldner gehöriger Gegenstand sein muss, wird die Ausübung des Eintrittsrechtes mit dem Augenblick unmöglich, wo, trotzdem die Zwangsvollstreckung noch lange nicht mangels Befriedigung des Gläubigers ihr Ende erreicht hat, doch der Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners schon herausgetreten und in das eines anderen übergegangen ist.

Ein solcher Fall liegt vor

a) beim Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§§ 79 ff. Zw.V.G.). Damit geht das Eigentum auf den Ersteher über, das des Schuldners erlischt; die Befriedigung des Gläubigers aber erfolgt erst weit später. Von dem Zuschlag an ist also das Eigentum erloschen, aber nur unter eine Resolutivbedindung. Nach §§ 90, 91 Zw.V.G. kann nämlich der Zuschlag rückgängig gemacht werden, und damit muss dann natürlich das Eintrittsrecht wieder aufleben.

b) In derselben Weise erlischt bei der Mobiliarzwangsversteigerung das Eigentum des Schuldners durch die auf Grund des Zuschlags nach Barzahlung erfolgte Ablieferung der Sache an den Meistbietenden;[1] denn dadurch wird dieser unter allen Umständen Eigentümer.

---

[1]) Wir schliessen uns in diesem Punkte der herrschenden Meinung an. Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. Bem. II zu § 817. — Struckmann und Koch, Civilprozessordnung Bem. 1 zu § 817. Dernburg III S. 760. — Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, 1 S. 130. — Weissbart a. a. O. S. 16 f. — Stolzenberg a. a. O. S. 32 ff. — Vgl. auch Günther, die Wirkungen des Pfandverkaufs S. 31/32. — Wir halten das ganze

Dagegen ist nicht notwendig damit das Ende der Zwangsvollstreckung verbunden, wie nach §§ 819 C.P.O. in Verbindung mit § 817 a. a. O. scheinen könnte. Denn schon § 819 a. a. O. zeigt, dass die Empfangnahme des Auktionserlöses durch den Gerichts-

---

hier vorliegende Geschäft für einen Kauf. (vgl. §§ 456, 512, wo das B.G.B. ausdrücklich von einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung spricht.) Wir verhehlen uns aber nicht, dass bei der Regelung des B.G.B. diese Subsumtion wenig praktische Folgen haben wird, da die Haftung wegen Mängel usw. ausgeschlossen ist. Die Ausnahme, die das gemeine Recht für die Subhastation vom Traditionsprinzip statuierte, indem durch blosse addictio Eigentum überging, halten wir für durch das B.G.B., wo Eigentum beim Kauf von Fahrnis nur bei Übergabe oder deren Ersatzmitteln (§§ 929, 930, 931) übergeht, beseitigt.

Die Behauptung Scherers (Sachenrecht S. 353 Anm. 653), dass nach dem Wortlaut des § 156 B.G.B.'s diese Ausnahme vom B.G.B. angenommen sei, dürfte keine Billigung verdienen. § 156 a. a. O. steht im allgemeinen Teil des B.G.B. Titel III ausdrücklich unter Vertrag. Er trifft nur Bestimmungen, wann der Vertrag als abgeschlossen anzusehen ist bei der Versteigerung. Er bezieht sich in keiner Weise auf die sachenrechtliche Seite des Rechtsgeschäfts.

Auch die schon zitierten §§ 456 und 512 zeigen durch ihre Stellung und den in ihnen gebrauchten Ausdruck, dass das B.G.B. in § 156 keinerlei Abweichung vom Traditionsprinzip beabsichtigt hat. Denn dadurch, dass das Rechtsgeschäft der zwangsweisen Versteigerung von Fahrnis durch den Gerichtsvollzieher hier unter Kauf subsumiert wird, wird implicite ausgesprochen, dass hier das Eigentum nur durch Vertrag und Übergabe übergeht.

Es wäre ferner die Bestimmung des § 1242 unverständlich, wo unterschieden wird zwischen Veräusserung und Zuschlag. Nach der von uns bekämpften Meinung könnte das B.G.B. ohne Zweifel nicht sagen: »Dies gilt auch dann (nämlich Erwerb der gleichen Rechte wie vom Eigentümer durch die rechtmässige Veräusserung), wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird.«

vollzieher durchaus nicht immer als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt, nämlich dann nicht, wenn ihm nachgelassen ist, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung bezw. Hinterlegung abzuwenden. In diesen Fällen, wo also das Ziel der Zwangsvollstreckung nicht erreicht wird, kann auch ihr Ende nicht eintreten, aus dem Vermögen des Schuldners ist der Gegenstand aber ausgeschieden und deshalb das Eintrittsrecht unmöglich.

In der weitaus grössten Mehrzahl wird zwar dieser Fall nicht vorkommen. Es wird mit der Empfangnahme Befriedigung des Gläubigers und Ende der Zwangsvollstreckung eintreten. Dabei würde dann das Eintrittsrecht auch noch deswegen wegfallen. Es würde ein eigentümliches Zusammentreffen der beiden Endigungsgründe vorliegen, wo nach der ganzen Verbindung der beiden §§ 817 und 819 C.P.O. schwer zu entscheiden sein würde, welcher das Eintrittsrecht zum Untergang gebracht hat. Da aber der durch die Ab-

---

Dass Veräusserung ein technischer Begriff des B.G.B. ist, der zugleich die Übergabe enthält, zeigt die in § 932 B.G.B. enthaltene Verweisung auf § 929 a. a. O., in dem das Traditionsprinzip als Regel hingestellt ist. Bei dem durchaus analogen Fall des 1242 fehlt jeder Anlass, dass Veräusserung hier etwas anderes bedeutet. Hält man endlich noch § 156 B.G.B. mit § 817 C.P.O. und §§ 90, 91 Zw.V.G. sowie §§ 132, 133 Zw.V.G. zusammen, so zeigt sich, dass zwischen der Immobiliarzwangsvollstreckung und Mobiliarzwangsvollstreckung ein tiefgreifender, beabsichtigter Unterschied besteht und dass dieser Unterschied gerade in der verschieden bemessenen Wirkung des Zuschlages seinen Ausdruck gefunden hat. Bei Immobilien überträgt er das Eigentum, bei Mobilien bringt er den Kaufvertrag zum Abschluss.

lieferung herbeigeführte Untergang des schuldnerischen Eigentums der selbst in Ausnahmefällen wirkende Untergangsgrund ist, ist es unrichtig, diesen Fall des Erlöschens des Eintrittsrechtes als Folge der Beendigung der Zwangsvollstreckung (vgl. oben das unter γ. Ausgeführte) zu behandeln.[1]

Das hier Erörterte gilt auch dann, wenn der Gläubiger, dem ein Anspruch auf Herausgabe bezw. Leistung körperlicher Sachen gepfändet und zur Einziehung gemäss §§ 846 ff. C.P.O. überwiesen ist, nach Einziehung den Gegenstand verwertet.

b) **Durch die Zwangsvollstreckung muss ein Dritter (§ 268 Abs. III S. 1), der sogenannte Eintrittsberechtigte, Gefahr laufen, ein Recht an dem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren.**[2]

α) Der Dritte muss **Gefahr** laufen, einen Rechts- oder Besitzverlust zu erleiden, d. h. es muss die naheliegende Möglichkeit und begründete Besorgnis einer Vernichtung des Rechts oder Besitzes obwalten.

Weissbart (a. a. O. S. 21) und ihm folgend Stolzenberg (a. a. O. S. 41) behaupten, der Wille des Rechtsinhabers, der den Verlust hintenan zu halten vermag, schliesse den Begriff der Gefahr aus; denn es sei be-

[1]) wie z. B. Stolzenberg a. a. O. S. 21 ff. unter 3.

[2]) Insofern kann man, wie es schon im gemeinen Recht der Fall war, Voraussetzungen in der Person des Gläubigers und Schuldners und in der des Eintrittsberechtigten scheiden. Vgl. z. B. Weissbart a. a. O. im Inhalts-Verzeichnis.

grifflich Voraussetzung der Gefährdung, dass die sie herbeiführenden Gewalten unabhängig vom Willen des Bedrohten seien.

Gefahr ist nun etwas Objektives, aber durchaus nicht etwas vollkommen und absolut Objektives. Sie muss ihren Ursprung haben in Momenten, die ausserhalb der Person des Berechtigten liegen und ihm sofort so gegenübertreten, dass sie den Schaden zur Folge haben können und voraussichtlich haben werden, sobald er ihnen gegenüber passiv sich verhält und nicht sofort energische Abwehrmassregeln ergreift. Wird nun in einem solchen Falle der Bedrohte tätig, so vermag er durch seinen Willen und seine Tätigkeit zwar noch den Eintritt des Schadens zu verhüten, er vermag aber die Gefahr nicht hintenan zu halten, sondern ihr nur noch zu begegnen. Die Möglichkeit, einer Gefahr zu begegnen, schliesst aber ihr Vorliegen nicht aus.

Wenn er ihr aber nicht entgegentritt, so kann das höchstens kraft positiver Rechtsvorschrift ihm die Möglichkeit nehmen, den Schaden auf andere abzuwälzen, die ihn verursacht haben, aber auch dann immer nur, wenn er nach der Verkehrsanschauung dazu verpflichtet war.

Insofern ist es unrichtig, den Willen des Berechtigten als ein die Gefahr ausschliessendes Moment anzusehen. Es ist vielmehr weiter nichts zu erfordern als die nach der Lebensanschauung für vorliegend erachtete Möglichkeit und für begründet erachtete Besorgnis, dass das Recht bezw. der Besitz untergehen werde.

Diese Gefahr des Rechtsverlustes besteht an sich nicht in Fällen, in denen der betreffende Zwangsvollstreckungsakt seiner Natur nach gar nicht den Untergang der betreffenden Rechte zur Folge haben kann. Deshalb entsteht das Eintrittsrecht nicht in folgenden Fällen der Immobiliarzwangsvollstreckung:

1) Nicht im Falle der Zwangsverwaltung (§ 148 Abs. II Zw.V.G.), soweit es sich um das Grundstück handelt, da durch dieselbe dem Schuldner nur die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen wird. Anders bei den Erträgen; denn an ihnen können Rechte sehr wohl untergehen, und es muss daher ein Eintrittsrecht zustehen.

2) Nicht im Falle der Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 866 C.P.O.); denn diese involviert an und für sich keine Gefahr.

3) Nicht im Falle der Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils an Immobilien. Denn hier bezieht sich nach § 864 Abs. II S. 1 C.P.O. das Verfahren nur auf diesen Miteigentumsanteil als solchen, die übrigen werden gar nicht vom Verfahren ergriffen.

Das Eintrittsrecht entsteht ferner nicht,

4) wenn der betreffende Berechtigte in das geringste Gebot fällt (§§ 44, 52 Zw.V.G.). Dies trifft ohne weiteres zu für die eingetragenen dinglich Berechtigten, da der die Zwangsvollstreckung betreibende persönliche Gläubiger ihnen allen nachsteht, wenigstens soweit ihr dingliches Hauptrecht in Betracht kommt. Ihre Nebenrechte auf Zinsen und sonstige wiederkehrende Leistungen

— falls sie längere als zwei Jahr rückständig sind — können aber gleichwohl bedroht sein (vgl. § 10 Ziff. 4, 5, 8 Zw.V.G.).

Soll ferner das Recht des dinglich Berechtigten nach den Versteigerungsbedingungen oder nach der Vereinbarung (§ 59 a. a. O.) mit dem Ersteher bestehen bleiben (§ 91 Abs. II a. a. O.), so hat der Zwangsvollstreckungsakt infolge besonderer Umstände nicht den Untergang zur Folge.

Auch demjenigen nicht eingetragenen Rechtsinhaber, welcher gemäss § 37 Ziff. 4 in Verbindung mit § 52 Zw.V.G. durch Anmeldung vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten sein Recht erhalten kann, ist das Eintrittsrecht zu versagen; denn sein ausgesprochener Wille, die Anmeldung,[1] schliesst nach § 91 Zw.V.G. eine Verlustgefahr aus.[2]

Hinsichtlich beweglicher Sachen endlich zessiert das Eintrittsrecht wegen Mangels einer Gefahr, wenn das betreffende dingliche Recht erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung entstanden ist und der Erwerber gutgläubig ist.

Denn gemäss §§ 1032, 1208 in Verbindung mit §§ 932 ff. B.G.B. erwirbt letzterer ein dem Pfändungspfandrecht vorgehendes Recht. Er muss aber immer

[1]) Ohne Anmeldung bleibt gemäss § 52 Abs. II. Zw.V.G. das Recht auf Bezug einer Ueberbau- und Notwegrente bestehen.

[2]) Diese Fälle sind also nur bei Immobilien denkbar. Vgl. aber den § 1245 B.G.B. und § 825 C.P.O., nach denen auch für die Mobiliarzwangsvollstreckung durch Vereinbarung oder durch Anordnung des Vollstreckungsgerichts gefährdete Rechte weiter bestehen können.

Besitz haben, sei es Alleinbesitz oder Mitbesitz. Hier gilt dasselbe wie bei dem ursprünglichen Vertragspfand (vgl. unten S. 70). Ist er dagegen nicht im Besitz, so gilt das S. 70/71 Gesagte.

Das Gleiche gilt für Rechte, welche an Grundstückszubehör nach der Beschlagnahme gutgläubig erworben sind; denn diese Rechte werden als dem Vorzugsrechte des Vollstreckungsgläubigers vorgehend in das geringste Gebot aufgenommen, und besteht somit die Gefahr des Rechtsverlustes nicht (arg. §§ 23, 37 Ziff. 4 Zw.V.G.).

Ist der Erwerber bösgläubig, d. h. erwirbt er unter Kenntnis des Beginns der Zwangsvollstreckung, so erwirbt er (§§ 1208 S. 1 Halbs. 2, 1032 S. 1 Halbs. 1 in Verbindung mit § 936 Abs. II B.G.B.) ein dem Pfändungspfandrecht nachstehendes Pfandrecht, und es droht ihm daher Gefahr. Trotzdem hat er kein Eintrittsrecht. Der Geist und Sinn des § 268 führt dazu, dasselbe zu verneinen: wer einen dem Recht drohenden Nachteil kennt und dann doch das Recht erwirbt, kann nicht den Rechtsbehelf des § 268 in Anspruch nehmen, den der Gesetzgeber dem Arglosen gewährt.[1]

Was dann weiter die vor Beginn der Zwangsvollstreckung bereits bestehenden dinglichen Rechte an beweglichen Sachen betrifft, so ist zu sagen: ist der Berechtigte, wie es bei dem im B.G.B. allein an ihnen anerkannten Niessbrauch und Pfandrecht sowie bei

[1]) A. M. Weissbart a. a. O. S. 30 Abs. II, wie wir vermeinen, mit Unrecht.

dem in der C.P.O. aufgestellten Pfändungspfandrecht regelmässig der Fall sein wird, im Besitze der Sache, so besteht gar keine Gefahr, er hat ja nach §§ 805, 809 C.P.O.[1] nicht nötig, die Sache herauszugeben. Bei Pfändungen des Herausgabeanspruches hat er Einwendungen gemäss § 986 B.G.B.[2] Solange er das nicht tut, kann sein Recht nicht untergehen.

Wohl aber besteht für ihn eine Gefahr, wenn er den Besitz nicht hat. Dies gilt besonders für das Pfandrecht (vgl. § 805 C.P.O.). Denn gemäss § 804 C.P.O.[3] in Verbindung mit § 1232 B.G.B.[4] kann der

[1]) § 805 Abs. I C.P.O.: »Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.«

§ 809 C.P.O.: »Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden.«

[2]) § 986 Abs. I S. 1: »Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.«

[3]) § 804 C.P.O.: »Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande.

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.«

[4]) § 1232 B.G.B.: »Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen.«

Berechtigte dem Verkauf durch pen Pfändungsfadnd-gläubiger nicht widersprechen, nach § 1242 B.G.B.[1] erlischt dann aber sein Recht (vgl. auch § 805 C.P.O.), so dass also immer die Gefahr des Verlustes besteht.

Handelt es sich um einen Niessbrauch, so wird der Pfändungspfandgläubiger gemäss § 804 C.P.O. zwar ein Pfandrecht erwerben, dasselbe steht aber dem Niessbrauch nach. Dem vorgehenden Niessbraucher droht also keine Gefahr. Im übrigen steht ihm § 771 C.P.O. zur Seite.

Überhaupt nicht in Betracht kommt der Pfändungs-pfandgläubiger, sei es gegenüber dem vorstehenden Pfandrecht, auf Grund dessen die Veräusserung des Gegenstandes erfolgt, sei es gegenüber dem vorstehenden Pfändungspfandrecht (§ 826 C.P.O.); denn er will ja die Veräusserung zwecks seiner Befriedigung.

Den Besitz[2] zu verlieren, läuft man nun Gefahr bei unbeweglichen und ihnen gleichstehenden beweglichen Sachen (Grundstückszubehör, vgl. § 20 Zw.V.G., §§ 1120—1130 B.G.B.) nicht nur im Falle der Zwangsversteigerung, wie ohne weiteres einleuchtet und wie § 93 Zw.V.G. ergibt, sondern auch bei der Zwangsverwaltung (arg. § 150 Zw.V.G.).

Hieran ändert es im allgemeinen nichts, dass dem Besitzer des Grundstückes noch ein obligatorisches

[1]) Dass § 1242 B.G.B. hier Anwendung findet, folgt sowohl aus der Natur der Sache als auch aus § 804 C.P.O. — Vgl. auch R. Günther a. a. O. S. 57.

[2]) Hier handelt es sich um den Fall, dass jemand nur Besitzer, nicht etwa auch dinglich Berechtigter ist wie in den unmittelbar vorhergehenden Erörterungen, und wo sowohl Rechts- wie Besitzverlust in Frage kommen kann.

Rechtsverhältnis zur Seite steht, auf Grund dessen er zum Besitz berechtigt ist. Mieter und Pächter aber sind nach §§ 571, 581 B.G.B., §§ 57, 93 Abs. II Zw.V.G. an sich scheinbar nicht gefährdet: der Erwerber tritt an die Stelle des Vermieters oder Verpächters, und der Zuschlagsbescheid soll gegen denjenigen Besitzer nicht vollstreckt werden, der auf Grund eines durch den Zuschlag nicht erlöschenden Rechts besitzt.

Aber der Ersteher ist berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Insofern ist er doch gefährdet durch die Zwangsvollstreckung; denn das Kündigungsrecht des Erstehers hat seine Ursache und Grundlage in ihr.[1] Es ist eine von Gesetzes wegen an sie geknüpfte Folge, gewissermassen eine weitere sekundäre Wirkung derselben, die weiter nichts erfordert als einen nackten Willensentschluss der gegnerischen Partei.

Anders im Falle der Zwangsverwaltung. Hier hat der Verwalter gemäss § 152 Abs. II Zw.V.G. nur das Kündigungsrecht, welches dem Schuldner zustand.[2] Das Recht des Mieters bezw. Pächters wird also durch die Zwangsvollstreckung überhaupt nicht gefährdet. Ist das Grundstück dagegen nach der Beschlagnahme

[1]) Dies übersieht Fuchs a. a. O. Bem. 4 β S. 476, wenn er meint, ihr Recht ginge dann nicht durch die Zwangsvollstreckung, sondern erst durch den Umstand unter, der nach ihr einträte.

Die Befugnis des Mieters und Pächters ist also keine Ausnahme, sondern nur eine weitere Ausgestaltung des Grundsatzes! Vgl. auch Protokolle III S. 579 — E. R. G. Bd. 12 S. 258. — Planck II Bem. 3 b zu § 268. — Weissbart a. a. O. S. 34/35.

[2]) Vgl. Wolff a. a. O. Bem. 12 zu § 152.

dem Mieter bezw. Pächter überlassen, so ist der Miet- oder Pachtvertrag dem Verwalter gegenüber unwirksam, der Besitz der Berechtigten also bedroht und folgeweise das Eintrittsrecht zulässig.

An beweglichen Sachen kann die Gefahr eines Besitzverlustes überhaupt nicht in Frage kommen; denn der Dritte braucht, wie schon hervorgehoben, nicht herauszugeben, schon an und für sich auf Grund der §§ 805, 809 C.P.O., eventuell des § 986 B.G.B. (vgl. auch § 571 B.G.B.). Gibt er aber heraus, so kann von einer Gefahr nicht mehr die Rede sein.

Immer aber — und das verdient noch besonders hervorgehoben zu werden — genügt es, dass theoretisch die Möglichkeit einer Gefährdung vorliegt. Es ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung in casu concreto naturnotweneig eintreten muss.

Aus dem hier Gesagten ergibt sich zwingend die Unrichtigkeit der von Weissbart[1] und Stolzenberg[1] vertretenen Ansicht, dass die dem Bedrohten offenstehende Möglichkeit, die Gefahr durch eine von seinem Willen abhängige Handlung abzuwenden, begrifflich das Vorliegen einer Gefahr ausschliesse. Im weiteren Verfolg dieses Gedankens kommen sie zu der Konsequenz, dass, wo § 771 C.P.O. (wenn ein die Veräusserung hinderndes Recht dem Bedrohten zur Seite stehe, dessen Geltendmachung also lediglich von seinem Willen abhänge) eingreife, von einer Anwendung des § 268 B.G.B. nic t die Rede sein könne, § 268 also

[1]) Vgl. oben S. 65/66.

nur suppletorisch gelte[1] damit ist § 268 fast seiner ganzen Bedeutung entleert. Schon eine flüchtige Betrachtung zeigt, dass dann für ihn fast nichts mehr übrig bleibt. Das widerspricht aber seiner allgemeinen Stellung und Fassung, sowie der Absicht des Gesetzgebers, hier einen weitgreifenden Schutz zu gewähren. Es widerspricht endlich auch dem Umstande, dass an keiner Stelle in beiden §§ irgend eine Einschränkung gemacht wurde, obwohl § 771 C.P.O., als § 268 B.G.B. redigiert wurde, bereits Jahre lang in Geltung war und den Redaktoren wohl bekannt war. Die weiteren für ihre Ansicht von ihnen angeführten Gründe: wer die Macht habe, aus § 771 C.P.O. vorgehen zu können, brauche § 268 B.G.B. nicht, da er in dem ihm von der C.P.O. gewährten Rechtsbehelfe ein ihm nichts kostendes Mittel habe[2], während § 268 B.G.B. Aufwendungen erheische, können als durchschlagend nicht angesehen werden. Niemand ist gezwungen, so billig wie möglich zu verfahren, er kann mit seinem Vermögen anfangen, was er will. Wer will es ihm ausserdem verwehren, wenn er dem Gläubiger das ihm Gebührende zukommen lassen will, um gleichzeitig dafür seinerseits gesichert zu werden?!

Die Gegner verfallen auch in den Widerspruch,[3] dem Mieter und Pächter kein Eintrittsrecht zu geben, obwohl ihm anerkanntermassen § 771 C.P.O. zur

[1]) Vgl. Weissbart a. a. O. S. 14 und S 21. — Stolzenberg a. a. O. S. 41.

[2]) Vgl. Weissbart a. a. O. S. 20.

[3]) Vgl. Weissbart a. a. O. S. 34/35. — Stolzenberg a. a. O. S. 62.

Seite steht (vgl. dazu auch § 93 Zw.V.G.). Während die Gegner durch § 93 Zw.V.G. dazu genötigt werden, besteht nach unserer Theorie zwischen § 93 Zw.V.G. und § 268 B.G.B. kein Widerspruch.

Wir sind der Ansicht, dass § 268 B.G.B. und § 771 C.P.O. bisweilen kumulativ konkurrieren (vgl. besonders den Besitzer); es kann aber doch wegen der Natur des die Veräusserung hindernden Rechts von einer Anwendung des § 268 aus den weiter unten auszuführenden Gründen bisweilen keine Rede sein.

β. Es muss sich handeln um den Verlust eines **Rechts an dem Gegenstande** bezw. den Verlust des Besitzes.

I. Gegenstand bedeutet in der Terminologie des B.G.B., wie schon oben S. 66 einmal hervorgehoben, nicht bloss Sache (körperlicher Gegenstand) im Sinne des § 90 eod., sondern auch den unkörperlichen Gegenstand, die Forderung; m. a. W. alle Vermögensrechte.

Mit Rücksicht hierauf ist es auch hier, wie schon oben bei den Worten »dem Schuldner gehörigen Gegenstand«, streitig geworden, ob nur Rechte an der Sache (im engeren Sinne) oder auch Rechte an Forderungen gemeint seien. Herrschende Ansicht scheint uns zu sein, dass nur dingliche Rechte in Frage kommen.[1] Abweichender Ansicht ist nur noch Oertmann[1], der

[1]) Vgl. Planck II Erl. 3a zu § 268. — Dernburg II, 1 S. 110. — Crome a. a. O. S. 100. — Weissbart a. a. O. S. 25. — Stolzenberg a. a. O. S. 44 und neuerdings auch Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 8. Auflage S. 546 Anm. 48.

[2]) a. a. O. Bem. 2c zu § 268.

sich zwar selber nicht verhehlt, dass derjenige, welcher erst einen Titel auf Erwerb eines Rechts an der Sache erlangt habe, noch kein Recht habe, und ein nicht zustehendes Recht könne nicht verloren gehen, aber doch annimmt, dass der innere Grund des Gesetzes auch hier zutreffe, weswegen die Frage bejaht werden müsse.

Darauf aber ist zu erwidern: ratio legis ist Schutz bereits erworbener Rechte. Oertmann's Ansicht aber schützt nicht ein vorhandenes Recht, sondern sie verschafft dasselbe erst. Der Verlust einer Forderung kommt also nicht in Frage.

Das Gleiche gilt in allen Fällen, wo zwar schon die Einigung (dinglicher Vertrag) stattgefunden hat, aber noch nicht die Eintragung erfolgt ist. Erst mit letzterer ist nach § 873 das dingliche Recht erworben. Solange man nur den Titel auf Erwerb des dinglichen Rechts besitzt, hat man kein Eintrittsrecht. Deswegen ist die von Stolzenberg[1] aufgestellte Behauptung, dass, wenn nach Eintragung des Versteigerungsvermerks ins Grundbuch Einigung erfolgt und der Antrag auf Eintragung gestellt wird, ein Eintrittsrecht entstehe, entschieden zurückzuweisen. Hier ist die Verfügungsbeschränkung bekannt, der Erwerb dem Versteigerungbetreibenden gegenüber unwirksam. Der Schutz des § 135 Abs. I Satz 2 B.G.B. kann nicht in Frage kommen, da der Erwerber nicht gutgläubig ist. Ein jemandem gegenüber unwirksames Recht aber kann nicht die Wirkung

[1]) a. a. O. S. 47/48.

haben, einem Dritten das Recht zu geben, den Gläubiger aus seiner Rechtsstellung herauszudrängen.

Anders aber liegt der Fall, wenn das Ersuchen des Versteigerungsrichters früher beim Grundbuchamt einging, als der dingliche Vertrag geschlossen wurde, der Versteigerungsvermerk aber noch nicht eingetragen war, als der Antrag auf Eintragung gestellt wurde. Hier erwirbt der Dritte das Recht (vgl. § 23 Abs. II Zw.V.G., §§ 135 Abs. II, 892 Abs. I Satz 2 und Abs. II B.G.B.), da entscheidend ist für die Kenntnis die Zeit der Stellung des Antrags. Bekannt aber ist im Zweifel die Beschlagnahme erst nach Eintragung der Beschlagnahme in das Grundbuch. Bis zur Eintragung kann von Dritten gutgläubig erworben werden. Die analoge Anwendung der Vorschriften betreffend Schutz des guten Glaubens aber führt dazu, dass hier der Erwerber ein dem Subhastanten gegenüber nicht unwirksames oder positiv ausgedrückt ein wirksames dingliches Recht erwirbt. Dasselbe gerät aber durch die Zwangsversteigerung in Verlustgefahr. Folglich muss es ein Eintrittsrecht begründen.

Erfolgt nun vollends erst nach dem Zustandekommen der dinglichen Einigung und der Stellung des Eintragungsantrages die Beschlagnahme, und das Eintragungsersuchen der Versteigerung ergeht, so ergibt sich dasselbe Resultat aus § 892 B.G.B.

Anders steht es natürlich, wenn der Dritte von anderer Seite als aus dem Grundbuche bereits Kenntnis vom Versteigerungsantrag hat. (§ 23 Abs. II Satz 1

Zw.V.G.). In solchem Falle erwirbt er wiederum ein unwirksames Recht und es gilt das oben S. 76 Gesagte.

Es kommen also nur dingliche Rechte in Frage,[1] und auch von diesen nur

1) an unbeweglichen Sachen:

a) Dienstbarkeiten,

b) Erbbaurecht,

c) Vorkaufsrecht.

Letzteres kommt aber hier nur in Frage, wenn es sich auf den ersten Verkaufsfall beschränkt (vgl. § 1097 B.G.B. in Verbindung mit § 506 ff. B.G.B.). Denn nach § 1098 B.G.B. in Verbindung mit § 512 a. a. O. kann es nicht ausgeübt werden beim Verkauf des Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung. Es geht also in diesem Falle unter.

Anders aber steht es, wenn das Verkaufsrecht konstituiert ist für alle Verkaufsfälle. Dasselbe geht dann nie unter, mag der Berechtigte sein Recht nicht ausüben können oder wollen.[2] Mithin hat er kein Eintrittsrecht.

d) Hypotheken-, Grund- und Rentenschuld.

Fast von allen Autoren, die sich mit der hier behandelten Frage eingehender beschäftigen,[3] werden

[1]) Daher scheiden auch aus blosse Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte (anders natürlich, wenn ihnen der Besitz zur Seite steht).

[2]) Vgl. auch Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II S. 114.

[3]) Vgl. Weissbart a. a. O. S. 28. — Schollmeyer a. a. O. S. 76. — Fischer-Schäfer a. a. O. Bem. 2 b zu § 75. — Stolzenberg a. a. O. S. 50.

hier als weitere Klasse angeführt die Vormerkungen. Begründet wird dies aus der Systematik des B.G.B. und dem § 48 Zw.V.G. Beide Gründe erscheinen nicht stichhaltig. Die zitierten §§, insbesondere § 48 Zw.V.G., beweisen weit eher das Gegenteil.

Wäre die Vormerkung wirklich ein dingliches Recht, so wäre § 48 Zw.V.G. überflüssig. Dann folgte ihre Berücksichtigung aus der Natur des dinglichen Rechts. § 48 Zw.V.G. etwa als blosse Verdeutlichung anzusehen, ist schon deshalb nicht möglich, weil offenbar das in seinem ersten Halbsatz Gesagte nicht überflüssig ist, während das im zweiten Halbsatz ihm Gleichgestellte überflüssig sein sollte. Der Vormerkungsanspruch ist und bleibt persönlicher Natur. Die Vormerkung ist nur ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur.[1] Der Antrag, ihn zum dinglichen Recht zu gestalten, ist ausdrücklich in der zweiten Kommission abgelehnt worden (vgl. Protokolle III S. 4775). Der so redigierte Paragraph ist unverändert in das Gesetzbuch übergegangen.

Dazu kommt, dass § 883 Abs. III B.G.B. ausdrücklick Bestimmungen über den Rang des Rechts, auf dessen Einräumung die Vormerkung gerichtet ist, trifft, eine Bestimmung, die nach § 879 B.G.B. bei einem wirklich dinglichen Recht als überflüssig und einen Widerspruch schaffend nicht getroffen wäre. Die Vormerkung ist und bleibt also ein obligationsrecht-

[1]) Vgl. auch Neumann a. a. O. Bem. I 2 und IV 1 u. 3 zu § 883 sowie Bem. III 1 zu § 885. — Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 22 A S. 312.

licher Anspruch. Sie ist gewissermassen nur ein vom Gesetz anerkanntes und gesichertes ius ad rem. Was hier in Wahrheit vorliegt, ist nur Titel zum Erwerb des dinglichen Rechts, und aus den schon oben S. 76 bei beweglichen Sachen ausgeführten Gründen kann von einem Eintrittsrecht keine Rede sein.

Auch der durch Widerspruch Geschützte, der ein anderes dingliches Recht als Eigentum[1] prätendiert, hat kein Eintrittsrecht auf Grund des Umstandes, dass der Widerspruch eingetragen ist. Der Widersprnch ist nur das formelle Schutzmittel seines Rechts. Der Verlust des Schutzmittels ist aber noch nicht ohne weiteres Verlust des Rechts. Das Schutzmittel kann nie die Position geben, die das Recht selber gibt. Wenn er also eintreten will, muss er sich auf sein widerspruchgeschütztes Recht stürzen und dieses eventuell nachweisen.

2) An beweglichen Sachen (vgl. dazu S. 69 f.):

α) Pfandrechte, seien es gesetzliche oder rechtsgeschäftliche.

Dass diese untergehen, selbst wenn sie an und für sich von besserem Range sind, ergibt § 805 C.P.O. (vgl. auch § 1242 B.G.B.)

β) Niessbrauch; aber nur der nach Entstehung des Pfändungspfandrechts ohne Kenntnis desselben erworbene steht hier in Frage. Der vorher erworbene Niessbrauch (vorausgesetzt, dass er allen Pfandrechten im Range vorgeht) ist ein die Veräusserung hinderndes

[1]) Vgl. hierüber S. 61 Anm. 1.

Recht gemäss § 771 C.P.O. Er geht auch durch die rechtmässige Veräusserung der Pfändungspfandsache nicht unter, arg. § 805 C.P.O. § 1242 B.G.B.

Auch familienrechtliche Nutzungsrechte fallen hierunter, so das des Ehemanns und der Gewalthabers. Sie sind im wesentlichen dinglich, nur ausgezeichnet durch ihren personenrechtlichen Ursprung, und stehen dem Recht der Gläubiger in gewissen Beziehungen nicht entgegen (vgl. §§ 1411, 1659 B.G.B.)

Das Eigentum an und für sich kann überhaupt hier nicht in Betracht kommen; denn der Gegenstand soll dem Schuldner gehören. Folglich kann das Recht, welches der Dritte hieran zu verlieren hätte, nicht Eigentum sein. Weissbart[1] und im Anschluss an ihn Stolzenberg[2] behaupten, dass nur in dem besonderen Falle des Miteigentums an einer beweglichen Sache, wenn das Aufhebungsrecht für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder an eine Kündigung gebunden ist, das Eintrittsrecht begründet sei, da dem Miteigentümer gemäss § 857 C.P.O. durch Pfändung jedes anderen (ihm nicht zustehenden) Miteigentumsanteils ein Rechtsverlust drohe, indem die erwähnte Abrede ihre Kraft verliere. Dabei aber wird übersehen, dass das blosse Ausserkrafttreten dieser Abrede einen Rechtsverlust im Sinne des § 268 nicht darstellen kann. Denn das dem betreffenden Miteigentümer zustehende Recht wird durch

[1]) a. a. O. S. 33/34 und S. 36 oben.
[2]) a. a. O. S. 60/61.

die Pfändung in seinem Bestande überhaupt nicht getroffen.

Was die von beiden Autoren erwähnte Gefahr herbeiführt, ist das vom Pfändungs- und Überweisungsgläubiger gestellte Auseinandersetzungsbegehren.

II. Was nun den Besitz betrifft, so kann er sich handeln um unmittelbaren (§ 854 B.G.B.) und mittelbaren (§ 868 B.G.B.) Besitz; denn Besitz begreift stets beide Arten in sich.[1] Hier können auch nur persönlich Berechtigte ihr Recht wahren (z. B. Mieter und Pächter, Leiher usw.).

Gleichgültig ist es, ob es sich um fehlerhaften (eigenmächtigen) oder nicht fehlerhaften Besitz handelt, denn die Fehlerhaftigkeit ist nur eine relative Eigenschaft Sie kommt nur demjenigen gegenüber in Betracht, der Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe kennt (§§ 861 und 858 B.G.B.). Erheblich wird dieser Umstand aber — und darin weichen wir ab von Planck[2] und Mayring[3] —, wenn der Betreibende als Überweisungsgläubiger den Anspruch des Entwerten auf Herausgabe der Sache gegen den fehlerhaften Besitzer durchführt. Wie Schollmeyer[4] mit Recht hervorhebt, macht ersterer nur den Anspruch des Entsetzten geltend, und

[1]) Ausgeschlossen ist der Fall der Besitzdienerschaft. — An beweglichen Sachen kann, wie unten S. 72 des weiteren ausgeführt, die Gefahr eines Besitzverlustes überhaupt nicht in Frage kommen.

[2]) a. a. O. Erl. 3b zu § 268.

[3]) a. a. O. Erl. 1 zu § 268.

[4]) a. a. O. Erl. 2b zu § 268.

der fehlerhaft Besitzende muss daher gerade so weichen, wie er den Entwehrten selbst weichen müsste. Die entgegenstehende Ansicht gerät mit dem allgemeinen Grundsatz des B.G.B., dsss Eigenmacht verboten sei und daher rechtlich nicht geschützt werden könne, in Widerspruch.

c. **Zwischen der Zwangsvollstreckung und dem Verlust des Rechts muss ein Kausalzusammenhang bestehen** (wie schon mehrfach im Laufe der vorhergehenden Erörterung erwähnt ist), die Zwangsvollstreckung muss die Ursache und nicht bloss Anlass des Rechtsverlustes sein wie z. B. im Falle des Miteigentums (vgl. S. 81) und in den Fällen, wo erst der hinzutretende gute Glaube des Erwerbers das Recht zerstört, wie z. B. in allen Fällen, wo jemandem an der Sache ein die Veräusserung hinderndes dingliches Recht zusteht.

An und für sich wird es durch die Versteigerung nicht berührt. Erst der gute Glaube des Erwerbers und Ablieferung (§§ 932 ff., 156 B.G.B.; § 817 C.P.O.) vernichtet das Recht. Hier also greift § 771 C.P.O. ein, insofern als er es ermöglicht, diesen Erfolg zu hintertreiben.

Für den Mieter und Pächter aber ist nach dem u. S. 71/72 Bemerkten der Kausalzusammenhang vorhanden. Der scheinbare Widerspruch zu dem eben Ausgeführten verschwindet, sobald man berücksichtigt, dass Ablieferung und guter Glaube eine ganze Reihe weiterer Momente zur Voraussetzung haben als der

durch Kündigung des Erstehers herbeigeführte Rechtsverlust des Mieters bezw. Pächters.

§ 10.
Auf Grund des § 1150.

1. Im allgemeinen.

§ 1150 konstatiert ein Eintrittsrecht für jeden Dritten, für den infolge des Unstandes, dass der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, die Gefahr eines Rechts- bezw. Besitzverlustes besteht.

2. Im besonderen.

a) Gläubiger im Sinne dieser Vorschrift ist nur der Hypothekengläubiger, Grund- und Rentenschuldgläubiger[1] und der der Reallastberechtigte. (§ 1107 B.G.B. in Verbindung mit § 1147 a. a. O.), wie sich aus den Worten des Gesetzes »Befriedigung aus dem Grundstück« ergibt, aber auch aus der Stellung des § folgen würde (vgl. auch die Motive III S. 691).[2]

b) Was unter Befriedigung zu verstehen sei, ergibt die Entstehungsgeshhichte des Gesetzes (vgl. Proto-

[1]) Nicht etwa der persönliche Gläubiger. Gegen ihn kann nur, wie schon erwähnt, das Eintrittsrecht aus § 268 geltend gemacht werden. — Vgl. Protokolle III S. 577 ff. — Biermann a. a. O. Bem. 1a zu § 1150. — Planck a. a. O. Erl. 1 zu § 1150.

[2]) Die auf die Protokolle (III S. 578) gestützte Ansicht Kobers (a. a. O. Erl. 1 zu § 1150), die schon oben S. 43 kurz erwähnt wurde, beruft sich auf einen Antrag, der gestellt war zu einer Zeit, wo § 268 noch nicht im Gesetz enthalten war, der durch letzteren überflüssig geworden und deshalb auch keine Aufnahme im B.G.B. gefunden hat.

kolle a. a. O. S. 578). Ein Antrag, dass das Eintrittsrecht von der gerichtlichen Geltendmachung des Hypothekenanspruchs abhängig zu machen sei, ist ausdrücklich abgelehnt worden und zwar im Interesse der Ersparnis unnötiger Kosten. Denn dann wären bei seiner Geltendmachung die Kosten der Einleitung der Zwangsversteigerung unnütz aufgewendet. Ausgegangen ist man dabei ferner von der Erwägung: tritt der Gläubiger mit dem Verlangen der Befriedigung aus dem Grundstück oder aus den nach §§ 1120—1130 B.G.B. mithaftenden Gegenständen hervor, so ist die Gefahr der Zwangsvollstreckung genügend nahe gerückt, und es besteht ein berechtigtes Interesse, den Eintritt dieser Gefahr zu verhindern.

Aus alledem folgt, dass durchaus nicht erforderlich ist, dass der Gläubiger die Hypothek gerichtlich durch Klageerhebung oder Antrag auf Zwangsversteigerung (im Gegensatz zu § 268!) geltend macht. Es genügt vielmehr schon jede Willensäusserung des Gläubigers, durch die der Schuldner zur Befriedigung desselben veranlasst werden soll, z. B. eine Zahlungsaufforderung oder sogar schon der Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung auf Grund einer Kündigung des Gläubigers[1], ja bereits wenn der Schuldner nach der Kündigung gemäss § 271 Abs. II B.G.B. zur Leistung vor

[1]) So auch Biermann a. a. O. Bem. 1a zu § 1150. — Oberneck, Reichsgrundbuch S. 576 a. — Hachenburg, Vorträge S. 278. — Planck a. a. O. Erl. 1 zu § 1150. — Männer, das Recht der Grundstücke S. 312. — Turnau-Förster a. a. O. Bem. 3 zu § 1150.

dem dadurch herbeigeführten Fälligkeitstermin der Forderung berechtigt ist[1] (ein Fall, der allerdings im Hypothekenrecht selten vorkommen wird, da hier dies adiectus regelmässig pro utraque parte sein wird). An diesen Fall scheint Fuchs[2] zu denken, wenn er sagt, nicht einmal Fälligkeit ist zur Voraussetzung des Eintrittsrechtes erforderlich.

Dies alles trifft nur zu, wenn es erfolgt gegenüber dem dinglich Verhafteten; denn in der Mahnung an den vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner und Erhebung der condictio mutui ist kein Verlangen der Befriedigung »aus dem Grundstück« zu sehen. Es ist, wie Fuchs[3] mit Recht hervorhebt, nicht mehr und nicht weniger erforderlich, dass das Verlangen des Gläubigers in zweifelsfreier Weise auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet ist.

c) Zulässig ist die Ausübung des Eintrittsrechts bis zu dem Augenblick, wo dem Verlangen des Gläubigers nach Befriedigung aus dem Grundstücke Genüge geleistet wird, solange also nicht der Zuschlagsbeschluss in der Zwangsversteigerung (§ 90 Abs. I Zw.V.G.) verkündet ist.

d) Infolge dieses Verlangens muss die Gefahr des Verlustes eines Rechts bezw. des Besitzes an dem

---

[1]) Man darf hier nicht einwenden, es fehle im vorliegenden Falle an der Gefahr. Die Gefahr ist eben durch die voraufgegangene Kündigung — wie schon die oben S. 85 citierten Protokolle hervorheben — in hinreichender Weise begründet.

[2]) a. a. O. Bem. 2a zu § 1150.

[3]) a. a. O. S. 476.

Gegenstande bestehen. Hier gilt im wesentlichen das oben S. 75 ff. Gesagte.

Hervorgehoben mag nur noch besonders werden, dass in Betracht kommen von an der Sache Berechtigten:

1. Der Eigentümer[1]; selbstverständlich nur, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist. Bei Reallasten kommt er also nur in Frage, wenn dingliche und persönliche Haftung auseinander gefallen sind. Sonst ist er ja nicht Dritter. Er ist aber in noch höheren Masse nach § 1142 geschützt, wie nachher gezeigt werden wird.[2]

2. Nachstehende Hypotheken-, Grund- und Rentengläubiger, nachstehende sonstige Realberechtigte; beide, auch wenn ihre Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse mit voller Bestimmtheit zu erwarten ist.

3. Vorstehende Hypothekengläubiger, vorstehende sonstige Realberechtigte, nur sofern bei ihnen ältere als zweijährige Rückstände in Frage kommen (Reallasten: § 1107 B.G.B).

Dass dem Eigentümer ein Rechtsverlust droht, bedarf keiner Begründung, es ergibt sich aber auch aus § 90 Zw.V.G.

---

[1]) Überhaupt hier nicht in Frage kommt der Miteigentümer eines Bruchteils von einem Grundstück, auf dem die Hypothek nicht haftet; denn weder sein Recht noch sein Besitz sind bedroht. Vgl. Fuchs a. a. O. S. 476 Bem. 5.

[2]) Vgl. auch Motive a. a. O. S. 691.

Den zu 2. Erwähnten droht immer die Gefahr, dass sie durch den Zuschlag ihre dinglichen Rechte verlieren, indem an die Stelle des Rechtes der Anspruch aus dem Erlöse [1] tritt (§§ 10—14, 44, 52, 91, 92 Zw.V.G.).

Die Gefahr für die unter 3. Erwähnten ergibt sich aus der in § 10 Ziff. 4, 5, 8 Zw.V.G. aufgestellten Rangordnung, da danach ihr Recht erlöschen kann. Im übrigen steht diesen kein Eintrittsrecht zu, da ihre Rechte gemäss §§ 44, 52 Zw.V.G. in das geringste Gebot aufgenommen werden.

Von den Besitzern sind besonders hervorzuheben Mieter und Pächter. Vgl. das unten S. 71 f. Gesagte.

Kein Eintrittsrecht aus § 1150, wie noch zum Schluss bemerkt werden mag, hat der Eigenbesitzer, gegen den aus § 147 Abs. I Zw.V.G. die Zwangsverwaltung des Grundstücks betrieben wird; denn er ist Schuldner, nicht Dritter.

§ 11.

Sonstige Fälle.

a. § 1249.

Im allgemeinen. § 1249 konstatiert ein Eintrittsrecht, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, für jeden, der durch die Veräusserung einer verpfändeten beweglichen Sache ein Recht daran verlieren würde.

---

[1]) Vgl. Fischer-Schäfer a. a. O. Erl. 2b zu § 75. — Stolzenberg a. a. O. S. 57 unten. — Weissbart a. a. O. S. 26 oben.

Bewegliche Sachen sind gemäss den vom B.G.B. darüber aufgestellten allgemeinen Grundsätzen auch Schiffe und Schiffsparten. Um aber jeden Zweifel zu heben, hat das B.G.B. dies noch ausdrücklich ausgesprochen, indem § 1249 durch § 1266 und § 1268 besonders für anwendbar erklärt wird.

Im besonderen. Voraussetzungen sind also im Falle der Veräusserung:

1. Erlöschen des Rechts an dem Pfandobjekt infolge der Veräusserung,

2. Leistungsberechtigung des persönlichen Schuldners.

Als durch solche Veräusserung erlöschende Rechte kommen in Betracht gemäss § 1242:

1. Eigentum. Doch wird der Eigentümer von Befugnis in der Regel keinen Gebrauch machen, da er durch § 1223 B.G.B. ein Eintrittsrecht weit früher hat.

2. Pfandrechte, und zwar ohne Unterschied zwischen vorstehenden und nachstehenden (§§ 1208, 1209 B.G.B.).[1]

[1]) Nachstehende Pfandrechte sind nach B.G.B. trotz der erforderten Besitzübertragung (§ 1205 Abs. I) der Pfandsache sehr wohl denkbar. So kann man mehreren Gläubigern verpfänden, indem ein Dritter, ein sogenannter Pfandhalter, den Besitz der Pfandsache erhält, oder dass dem anderen Pfandgläubiger der Mitbesitz der Pfandsache eingeräumt wird (§ 1206). Ferner ist es gemäss § 1205 Abs. II zulässig, eine im Besitz des Pfandgläubigers befindliche Sache einem anderen Gläubiger durch Übertragung des mittelbaren Besitzes und Anzeige zu verpfänden. Schliesslich kann eine mehrfache Verpfändung eintreten, wenn der Eigentümer eine Sache, deren Besitz der erste Pfandgläubiger wider seinen Willen verlor, nun weiter verpfändet; denn nach § 1253 erlischt das Pfandrecht nicht durch unfreiwilligen Besitzverlust.

Verkauft der Nachpfandgläubiger, so bewirkt dieser rechtmässige Pfandverkauf das Erlöschen des Pfandrechtes des Ersten an der Sache (gemäss § 1242 B.G.B.) An die Stelle des Rechts tritt für den Vormann ein Pfandrecht am Erlöse der Pfandsache. Dass dieses Recht am Erlöse kein Äquivalent für den Verlust des Rechts an dem Gegenstande ist, wurde schon mehrfach im Laufe der Abhandlung betont.

3. Ein einem oder mehreren bezw. allen Pfandrechten im Range nicht vorhergehender Niessbrauch (§ 1242 Abs. I, Abs. II S. 2).

Es ist nun denkbar beim Fahrnisspfand, dass jemand, dem gar kein Pfandrecht zusteht, die Pfandsache im Besitz hat. Hier erhebt sich die Frage, ob auch ihm ein Eintrittsrecht aus § 1249 zu gewähren ist. Sie ist zu verneinen.[1] Der Besitz ist einmal nicht miterwähnt, und anderseits würde die Anerkennung desselben dem Prinzip von der Erkennbarkeit des Pfandrechts widersprechen. A. M. ist Hachenburg[2], ohne dem Schwegen des Gesetzes gegenüber durchschlagende Gründe anzugeben. Seine Ausführung: »man wird auch ihn schützen müssen« verdiente höchstens de lege ferenda Beachtung.

Zweite Voraussetzung ist: Leistungsberechtigung des Schuldners. Nicht ist hier analog § 1150 B.G.B. erfordert, dass der Gläubiger Befriedigung aus dem Pfande verlangt. Es genügt, dass der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

[1]) So auch Biermann a. a. O. Bem. zu § 1249. — Planck III zu § 1249. — Kober a. a. O. zu § 1249.

[2]) a. a. O. S. 209.

Wann der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, ist Frage des Einzelfalles. Hier mag nur hervorgehoben werden, dass man im Zweifel wird annehmen dürfen, namentlich bei Verpfändung für eine unverzinsliche Darlehnsforderung, dass der Schuldner vor dem etwa bestimmten Leistungstermin gemäss § 271 Abs. II B.G.B. leisten darf. Bei pfandrechtlicher Versicherung verzinslicher Darlehnsforderung wird das Gegenteil anzunehmen sein.

b. §§ 1142, 1233 Abs. II

Zu Gunsten desjenigen, welcher an den Rechtsschicksalen der Sache im höchsten Masse interessiert ist, besteht ein Eintrittsrecht in weitestem Umfange.

Es ist nämlich bei Hypotheken (§ 1142), bei Grundschulden (§ 1142 in Verbindung mit § 1192), Rentenschulden (§ 1142 und §§ 1199, 1200) der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die hypothekarisch gesicherte Forderung ihm gegenüber oder die Grundschuld bezw. Rentenschuld fällig[1] geworden ist, oder bei Hypotheken schon, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.

Es kann ferner der Verpfänder einer beweglichen Sache oder eines Schiffes bezw. einer Schiffspart, der nicht persönlicher Schulder ist, den Gläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (gemäss § 1223 Abs. II in Verbindung mit §§ 1225, 1267).

[1]) Vgl. den § 1139b des 2. Entwurfs. — Planck III S. 632/33 — Fuchs a. a. O. Bem. 15 zu § 1200 S. 680.

Es ist also bei Hypotheken und Grundschulden nicht einmal Verlangen der Befriedigung, sondern ebenso wie bei Rentenschulden nur Fälligkeit dem Eigentümer gegenüber oder bei Hypotheken Leistungsberechtigung des persönlichen Schuldners erforderlich.

1. Wann die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig ist, bestimmt sich nach den für das der Hypothek zu Grunde liegende Schuldverhältnis geltenden Bestimmungen (§ 1115) des Gesetzes oder den vertraglichen besonderen Vereinbarungen in Verbindung mit den Grundsätzen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Zu beachten aber bleibt hier immer, dass, wenn zur Fälligkeit der Forderung eine Kündigung nötig ist, diese nach § 1141 vom Gläubiger dem Eigentümer oder vom Eigentümer dem Gläubiger gegenüber erklärt sein muss, aber nicht durch oder an den persönlichen Schuldner erklärt sein darf. Soweit also die hypothekarische Haftung in Betracht kommt, wird der Eigentümer wie ein Schuldner behandelt.[1]

2. Wann die Grundschuld bezw. Rentenschuld fällig ist, ergibt § 1193 bezw. § 1202 Abs. I:

»Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.«

»Der Eigentümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist.«

[1]) Vgl. Schwind a. a. O. S. 141.

3. Die Leistungsberechtigung des Schuldners bestimmt sich ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen. Bei der Hypothek wird im Zweifel die Anwendung des § 271 Abs. II B.G.B. (erfrühte Leistungsbefugnis trotz dies adiectus) in der Regel ausgeschlossen sein, beim Mobiliarpfand dagegen nicht.

Wenn die Leistungsberechtigung auf der durch Kündigung herbeigeführten Fälligkeit der Schuld beruht, so genügt Kündigung von und gegenüber dem persönlichen Schuldner.

B. Voraussetzungen der Ausübung.

§ 12.

Befriedigung.

Während die Voraussetzungen des Entstehens des Eintrittsrechts, wie geschildert, in jedem Falle andere sind, ist die Voraussetzung der Geltendmachung desselben in allen Fällen dieselbe, nämlich: Befriedigung des Gläubigers (§§ 268, 1150, 1249, 1142, 1223 Abs. II B.G.B.).

Die Befriedigung des Gläubigers setzt schon ihrem Wortsinn nach voraus, dass diesem wird, was er zu fordern hat.[1] Sie kann also nur dadurch geschehen, dass die geschuldete Leistung an ihn bewirkt wird (§ 362 B.G.B.).

---

[1]) bezw. was er tatsächlich fordert. Verlangt daher der Gläubiger nur teilweise Leistung, so braucht sie der Berechtigte auch nur teilweise zu bewirken (arg. § 268 Abs. III).

Die Leistung muss an den Gläubiger so, wie sie nach dem speziellen Schuldverhältnisse vom Schuldner selber zu machen wäre, tatsächlich bewirkt oder wenigstens in einer den Annahmeverzug gemäss §§ 293—299 B.G.B. herbeiführenden Weise angeboten werden und dann auf Grund der in den §§ 268 Abs. II, 1150, 1249, 1142 Abs. II, 1224 ausdrücklich eingeräumten Depositionsbefugnis hinterlegt werden, und zwar mit allen ihren Erweiterungen (Zinsen, Kosten namentlich der Zwangsvollstreckung.[1]

Annahmeverzug allein genügt nicht (arg. § 268 Abs. II.) Er bewirkt, wie die §§ 300—304 B.G.B. zeigen, keine Lösung des obligatorischen Bandes, sondern nur eine Lockerung desselben; wohl aber bewirkt ersteres die auf Grund desselben, trotzdem der Berechtigte nicht Schuldner ist (§ 372 B.G.B.), doch aus Zweckmässigkeitsrücksichten ihm im § 268 Abs. II eingeräumte Hinterlegungsbefugnis, wenn und sofern sie unwiderruflich ist (§ 378 B.G.B.)

Für die Zwischenzeit zwischen Annahmeverweigerung und Hinterlegung wird er sich nur dadurch vorläufig sichern können, dass er den Betrag bei der Post für den Gläubiger einzahlt und den Postschein dem Gerichtsvollzieher vorlegt (§ 775 C.P.O.). Handelt es sich um Immobiliarvollstreckung, so kann er gemäss § 75 Zw.V.G. den Betrag bei Gericht einzahlen. Dies führt in beiden Fällen zur vorläufigen Einstellung.

Endlich wird auch ebenda ausdrücklich die Befriedigung durch Aufrechnung für zulässig erklärt. Es

[1]) Vgl. auch Weissbart a. a. O. S. 41.

handelt sich hier um Aufrechnung mit einer fremden Schuld;[1] es wird bewusst das sonst aufgestellte Prinzip, dass nur eine dem Aufrechner gegen den Aufrechnungsgegner und eine diesem gegen den ersteren zustehende Forderung kompensiert werden kann, verlassen. Abgesehen aber davon müssen alle sonstigen Voraussetzungen des § 387 B.G.B. vorliegen.

In anderer Weise als in der hier angegebenen aber kann der Berechtigte nicht in das Schuldverhältnis eingreifen. Insbesondere wird das Angebot der Befriedigung nicht ersetzt durch Angebot einer Sache oder eines Rechts an Zahlungsstatt. Hingabe an Zahlungsstatt genügt immer nur, wenn der Gläubiger zustimmt, also Annahme an Zahlungsstatt im Sinne des § 364 B.G.B. vorliegt.[2] Befriedigt wird der Gläubiger dadurch, und wenn man ihn ohne seinen Willen befriedigen kann, warum sollte man es nicht auch mit seinem Willen können?!

Weiteren Voraussetzungen unterliegt die Ausübung des Eintrittsrechts nicht. Insbesondere tritt ihm nicht entgegen ein Widerspruch des Schuldners. Der Berechtigte hat ein eigenes, selbständiges Recht[1] auf

---

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O. Bem. 1a zu § 387. — Schollmeyer a. a. O. Erl. 1 zu § 268.

[2]) So auch Mayring in Staudingers Kommentar Bem. 2 zu § 268.

[3]) Vgl. auch Planck II Erl. 1 zu § 268. — Oertmann a. a. O. Bem. 4a zu § 268. — Schollmeyer a. a. O. Bem. 1 zu § 268. Stolzenberg a. a. O. S. 65.

Von einer Geschäftsführung ohne Auftrag kann keine Rede sein; denn der Dritte besorgt keineswegs fremde Geschäfte für einen anderen (§ 676 B.G.B.), auch nicht fremde Geschäfte in

Grund des den §§ 268, 1150, 1249, 1142/43, 1223/25 B.G.B. entsprechenden Tatbestandes. Er ist nicht etwa Vertreter[1] des Schuldners, auch nicht sein auftragsloser Geschäftsführer; er ist gerade für sich tätig. Ein Widerspruch des Gläubigers ist deshalb gleichfalls unerheblich.

Der Gläubiger also muss die Leistung annehmen.

Schwierigkeiten aber entstehen hier, wenn mehrere Eintrittsberechtigte vorhanden sind. Eine ausdrückliche Regelung fehlt im Gesetz. Sie ist nicht etwa aus Versehen unterblieben, sondern man hat sie absichtlich nicht getroffen. Die Motive sagen ausdrücklich:

»vom Standpunkt des Entwurfes besteht keine Veranlassung, in dieser Hinsicht eine besondere Bestimmung zu geben.«

Daher ist sehr bestritten, wer den Vorzug verdient. Unseres Erachtens ist zu scheiden:

I. Die Berechtigten kommen nacheinander. Dann hat der zuerst kommende den Vorzug, m. a. W. es entscheidet die Prävention. Der erste schliesst damit die übrigen, soweit dadurch gleichzeitig die Voraussetzungen für sie wegfallen, aus.[2]

eigenem Interesse. Er besorgt grundsätzlich stets ein Geschäft für sich in eigenem Interesse. Der Umstand, dass objektiv dadurch eine Verpflichtung des Schuldners erfüllt wird, reicht unseres Erachtens nicht aus, es auch zu einem objektiv fremden Geschäft zu machen (Regely S. 57).

[1]) So auch Stammler a. a. O. S. 203. — Oertmann im Archiv f. d. zivilistische Praxis S. 368 ff. — Weissbart a. a. O. S. 40. — Schollmeyer, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers S. 15 ff., S. 33.

[2]) So auch Planck III Erl. 2 zu § 1150. — Maenner a. a. O. S. 312. — Stolzenberg a. a. O. S. 63.

Überhaupt nicht in Betracht kommen kann eine etwaige frühere Meldung, wie Oberneck[1] und im Anschluss an ihn Biermann[2] annehmen. Inwiefern die blosse Ankündigung demnächstiger Befriedigung das nächstliegende sein soll, ist nicht erfindlich. Massgebend ist allein die Befriedigung.

Noch weit weniger kann erst das Zustandekommen einer Einigung[3] zwischen Gläubiger und Eintrittsberechtigtem als das entscheidende Moment angesehen werden. Eine Einigung ist nicht erforderlich, das Eintrittsrecht ist ein einseitiger Akt.

II. Die Berechtigten kommen zu gleicher Zeit. Vertreten sind folgende Ansichten:

1) Der Rang des Rechts entscheidet, der Besitzer steht allen anderen nach.[4]

2) Die grössere Gefährdung entscheidet.[5] Der letzteren Ansicht möchten wir uns mit Rücksicht auf die ratio legis anschliessen.

3) Weissbart[6] will hier alles auf die Wahl des Gläubigers ankommen lassen. Eine derartige Befugnis möchte unseres Erachtens zu recht unbefriedigenden Ergebnissen führen.

---

[1]) a. a. O. S. 577.
[2]) a. a. O. Bem. 1b zu § 1150.
[3]) Fuchs a. a. O. Erl. 6 d zu § 1150.
[4]) Jaeckel a. a. O. Bem. 2 zu § 75.
[5]) Fuchs a. a. O. Erl. 6d zu § 1150. — Stolzenburg a. a. O. S. 64.
[6]) a. a. O. S. 38.

III. Wirkungen (der Ausübung des Eintrittsrechts.)

§ 13.

Wirkungen.

I. Im allgemeinen.

A. Als Wirkung des ausgeübten Eintrittsrechts bestimmt das B.G.B. für die Fälle des Eintrittsrechts der §§ 268 Abs. III, 1150, 1249, 1142 in Verbindung mit 1143, 1223 in Verbindung mit 1225, in denen eine persönliche Forderung notwendiger Weise da ist und selbst bei Hinzukommen dinglicher Sicherung das Massgebende bleibt: die Forderung geht auf den Befriedigenden über[1]. Der Übergang vollzieht sich ipso iure kraft Gesetzes.[2]

---

[1]) Das Gesetz fügt noch hinzu: »soweit er ihn befriedigt.« Wir vermeinen, dass teilweise Befriedigung eine so seltene Ausnahme sein wird, dass wir sie im Interesse der Vereinfachung der Darstellung vorläufig füglich ausser acht lassen können. Mutatis mutandis gilt alles Gesagte analog wie bei völliger Befriedigung, natürlich aber nur pro rata.

[2]) Von Böhm a. a. O. S. 203 u. S. 213. — Neumann a. a. O. Bem. 4 zu § 268. — Schollmeyer a. a. O. S. 78,79 gesetzliche Zession genannt, eine Bezeichnung, die uns nach den schon Seite 34 für das römische Recht angegebenen Gründen als nicht ganz glücklich gewählt erscheint.

Hieraus ergeben sich verschiedene Wirkungen, je nach den beteiligten drei Personen.

a. Gegenüber dem Befriedigten. Der Befriedigte scheidet aus, und zwar ipso facto mit der Befriedigung. Nur dies entspricht völlig dem Zweck des Instituts, ein Recht des Eintrittsberechtigten zu wahren, und ergibt sich aus den Worten des Gesetzes: »er ihn befriedigt.« Der Befriedigte hat erhalten, was er zu fordern hatte, und zwar als ihm geschuldet.

Darauf, dass er gerade von dem ursprünglichen Schuldner erhielt, hat er schon im allgemeinen (§ 267 B.G.B.), und im besonderen im vorliegenden Falle keinen Anspruch (vgl. Seite 45/46). Er ist in allen Beziehungen als Gläubiger zu behandeln, an den die Leistung bewirkt worden ist. Soweit er beteiligt war, ist das obligatorische Band in jedem Falle zerschnitten.

b. Gegenüber dem Befriedigenden (Eingetretenen) und dem Schuldner. Was dann weiter die Wirkungen in der Person des Befriedigenden angeht, so ist sie nach des Gesetzes Worten: Übergang der Forderung auf ihn.

Scheinbar widerspricht sich das Gesetz, indem es einmal von Befriedigung redet, und anderseits von einem Übergang der Forderung. Durch Befriedigung, müsste man annehmen, sei die Forderung in jeder Beziehung erloschen. Unserer Ansicht nach ist der Widerspruch des Gesetzes nur ein scheinbarer. Der Ausdruck »befriedigen« bezieht sich nur auf den Gläubiger, indem die Leistung diesem als eine geschuldete bewirkt wird.

Dies ergibt sich ohne weiteres, wenn man die Stellen, wo das Gesetz von absoluter Tilgung der Forderung spricht, betrachtet. Hier redet es von »bewirken« der Leistung und von »Erfüllung«. In unserem Falle aber, wo der Eintrittsberechtigte in erster Linie nicht zahlen, sondern sich sein Recht wahren und schützen will, ist die Leistung an den Gläubiger für ihn nur Mittel zum Zweck.

Insofern also besteht gegenüber der Bewirkung der Leistung, die allein und ausschliesslich mit dem sogenannten animus solvendi erfolgt, ein Unterschied, als nämlich in diesem Falle die mit der Absicht, dem Gläubiger das Seine werden zu lassen, sonst in Bezug auf die Schuldnerseite verbundene Absicht, den Schuldner überhaupt zu befreien, fehlt.[1] Es handelt sich nicht um eine Zahlung mit Tilgungsabsicht, die darum auch nach dem Grundsatze, dass der Wille der Parteien den Erfolg bestimmt, nicht die Tilgungswirkung haben kann.

Es erhält daher der Gläubiger zwar, wie schon hervorgehoben, was ihm geschuldet; er erhält es auch als das ihm Geschuldete; aber nicht, um den Schuldner zu befreien, sondern in der Absicht, ein Recht sich dadurch zu wahren, dass man einen dieses Bedrohenden ausschaltet, ihm die Geltendmachung unmöglich macht,

[1]) Dies kann man auch so ausdrücken: er zahlt, aber mit animus recipiendi (vgl. Weissbart a. a. O. S. 50, Stolzenberg a. a. O. S. 84/85). Fehlt es an diesem animus, so kann von einem Eintrittsrecht keine Rede sein. Es liegt daher dann Schenkung vor.

ihn herausdrängt, ihn — mit den Motiven (III S. 1084) gesprochen — ablöst, sich an seine Stelle setzt, in sein Recht eintritt.

Daher geht auch die Obligation nicht vollständig unter, sondern nur soweit, als das diesem Zweck entspricht, d. h. in ihren Beziehungen auf den ursprünglichen Gläubiger oder mit Hartmann[1] gesprochen nur relativ oder beziehungsweise.

Die Zahlung[2] hat also nur die Wirkung, den alten Gläubiger abzulösen, einen neuen einzuführen, und bewirkt daher keineswegs, wie der erwähnte Schriftsteller treffend ausführt, immer so absolut und formal die Tilgung der Obligation. Die alte ursprüngliche Forderung besteht daher noch trotz Befriedigung, wenn auch nicht mehr unter allen ursprünglich Beteiligten.

Verfehlt erscheint uns daher die Ansicht, dass es sich um einen Ersatzanspruch, also um eine neue Forderung mit durchaus gleichen Inhalt handle. Sie wird insbesondere vertreten von Stammler[3], Weissbart[4], Stolzenberg[5]. Die Gründe jedoch, die z. Bsp.

[1]) a. a. O. insbesondere S. 50 f.

[2]) Strohal, der im übrigen mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmt, spricht in der Deutschen Juristen-Zeitung (Nr. 16/17 von 1903 S. 373 Abs. II) von Einlösungszahlung. Dieser Ausdruck passt u. E. nur beim Besitzpfand.

Im gemeinen Recht wurde er zwar schon von einzelnen Autoren, so von Exner, Hypothekenrecht S. 537 angewendet, konnte sich aber keine allgemeine Geltung erringen.

[3]) a. a. O. 203 f.

[4]) a. a. O. S. 46 ff.

[5]) a. a. O.

Ihre Theorie wird von den meisten Neueren befolgt; vgl. Matthiass a. a. O. Bd. I S. 410. — Dernburg II, 1 S. 109. —

Weissbart (S. 48) für seine Anschauung in's Feld führt, sind höchst bedenklich. Die §§ 426, 774, 1164, 1173 B.G.B. machen allerdings ein vorhandenen Ersatzanspruch zur Bedingung des gesetzlichen Forderungsüberganges auf den befriedigenden Dritten (»soweit er Ersatz verlangen kann«). In unseren Fällen dagegen erfolgt der Übergang allein und ausschliesslich auf Grund der erfolgten Befriedigung, ohne Rücksicht auf einen etwa vorhandenen Ersatzanspruch.[1] Des Gesetz erwähnt weder im § 268 noch in den §§ 1150, 1249, 1142, 1223 den Ersatz.

Aber die Anwendung jener §§ ist, wie wir schon unten S. 12 betonten, hinsichtlich unseres Falles überhaupt ausgeschlossen. Der Gesamtschuldner, der Bürge, der von Grundstückseigentümer verschiedene persönliche Schuldner usw., sie alle sind ja zu leisten verpflichtet, für sie liegt gar kein Eintritts-Recht vor. Im übrigen setzt sich diese Theorie in Widerspruch mit der historischen Entwicklung und verlässt ohne zwingende Gründe den durch das Gesetz gewiesenen Boden, und nimmt an, dass die Worte: »soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt« identisch seien mit den Worten: »soweit er von . . . . . Ersatz verlangen kann«. Im ersteren Falle wird auf eine ganz andere Person Gewicht gelegt als im zweiten. Daher kann die Analogie der §§ 426, 774, 1164, 1173 nicht durchschlagend wirken.

Decker, die sogenannte cessio legis. Diss. S. 67. — Michelsen, der Forderungsübergang kraft Gesetzes. Diss. S. 41 u. a.

[1]) So auch Böhm a. a. O. S. 204.

Es ist auch keineswegs notwendig, den Umweg über einen Kauf, den Hasenbalg[1] für das gemeine Recht, die Motive[2] für den Entwurf, Böhm[3] für das B.G.B. angenommen haben, zu machen. Kauf ist ein Vertrag. Jemanden zum Verkauf zu zwingen, ist daher ein Widerspruch in sich selbst. Das Gesetz knüpft aush keineswegs an den hier in Rede stehenden Vorgang die Rechte und Pflichten eines Käufers und Verkäufers. Ja, auch der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen: der Gläubiger soll befriedigt werden, d. h. die Leistung als eine ihm geschuldete erhalten. Beim Kaufe erhielte er sie titulo emtionis aus einem erst entstehenden Rechtsgrunde, nicht etwa aus einem schon bestehenden Rechtsverhältnis.

Nur eine Weiterausgestaltung der Theorie vom Zwangskaufe scheint und die von Fuchs[4] und Planck[5] ohne nähere Begründung aufgestellte Behauptung zu sein, es handle sich um ein Enteignungsrecht. Gegenstand des Eigentums kann nun aber nach B.G.B. (§ 903) nur eine Sache (bewegliche oder unbewegliche) sein, ein dominium an Forderungen ist dem B.G.B. unbekannt. Zudem ist auch der Begriff des Enteignungsrechts ein feststehender; er umfasst Eigentumsentziehung aus Gründen des öffentliches Wohles.

Es bleibt mithin als dem Gesetz und der Natur der Sache entsprechend nur die Auffassung, dass es

[1]) Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts S. 414 ff.
[2]) a. a. O. S. 692 Abs. IV.
[3]) a. a. O. S. 213.
[4]) a. a. O. Bem. 7a zu § 1150.
[5]) a. a. O. Erl. 6 zu § 268.

sich um einen Übergang einer bestehenden Forderung handelt, und zwar um eine solche kraft Gesetzes.[1]

Gemäss § 412 B.G.B. finden daher die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen durch Vertrag mit Ausnahme der §§ 398, 405, 411, die nach ihrem Tatbestande eine freiwillige Abtretung voraussetzen, Anwendung.

Hier ist es anerkannt von allen Autoren, dass der Neugläubiger genau das erhält, was der Urgläubiger hatte. Es darf die Stellung des Schuldners nicht verschlechtert werden. Demgemäss erwirbt der Eintretende die Forderung genau in der rechtlichen Qualität, in der sie dem Abgefundenen im Augenblick der Abfindung zustand, mit ihren Vor- und Nachteilen.

Aus diesen Prinzipien ergibt sich gleichzeitig die Antwort auf die Frage, wie sich hier der Beginn der Verjährung bestimmt. Läuft eine gegen den Abgefundenen in Lauf gesetzte Verjährung fort, wirkt sie also auch gegen den Eingetretenen, oder muss in der Person des Eingetretenen eine neue beginnen?

Nach der von uns vertretenen Theorie erledigt sich die Frage im Sinne der ersteren Alternative. Zu dem anderen Ergebnis müssen konsequenterweise die Anhänger der Ersatzanspruchstheorie kommen.

Für sie entsteht ja in der Person des Eingetretenen ein neuer Anspruch allerdings in eigentümlicher Weise durchaus gleichen Inhalts wie der ursprüngliche.

---

[1]) § 1081 Entw. I gab dem Berechtigten nur das Recht auf Abtretung der Forderung Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers. Vgl. Motive III S. 652.

Folglich ist für sie erst actio nata mit dem Augenblick des Eintritts, und folgeweise kann erst von diesem Augenblick an die Verjährung laufen. Auch letztere Konsequenz, die gerade das Gegenteil von dem bewirkt, was die Verjährung bezweckt: Schutz des Schuldners, spricht gegen die Richtigkeit dieser Auffassung.

B. In den Fällen, in denen eine persönliche Forderung zwar möglich, aber nicht notwendig und deshalb bedeutungslos ist — hierher gehören Grund- und Rentenschuld —, sind die vorstehenden auf der begrifflichen Notwendigkeit der persönlichen Forderung beruhenden Grundsätze unanwendbar.[1]

Der Natur der Sache entspricht es, dass hier die Grund- bezw. Rentenschuld übergeht.[2]

II. Im einzelnen.

a. Gegenüber dem Befriedigten.

1. Bei Forderungen, seien es chirographarische, seien es dinglich gesicherte. Der

[1]) Unrichtig Fischer-Henle, B.G.B. Anm. 6 zu § 1143.

[2]) Dies sprach der 2. Entwurf für den Fall, dass der Eigentümer befriedigte, ausdrücklich in seinem § 1139b Abs. II aus: »Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über, unbeschadet der Vorschriften des § 1142t.

Obwohl nicht Gesetz geworden; gilt es als Konsequenz der sonst aufgenommenen Grundsätze. Vgl. auch Planck III Erl. zu § 1192 S. 629 u. S. 632/633, Erl. 2 zu § 1200. — Fuchs a. a. O. S. 652 Bem. 11. — Biermann a. a. O. Bem. 5 zu § 1143.

Befriedigte hört auf, Gläubiger zu sein; er hat hinfort weder mit der Forderung noch mit ihren Accessionen, persönlichen (z. B. Bürgschaft) oder dinglichen (z. B. Pfandrecht) etwas zu tun.

2. Bei dinglicher Belastung (Grund- und Rentenschuld). Der Befriedigte hört auf, Grund- bezw. Rentengläubiger zu sein. Nebenher kann, wie schon hervorgehoben, noch eine persönliche Forderung laufen. Diese geht dann aber nie von selbst über.[1]

Gemeinsame Konsequenzen hieraus sind: Weder die Forderung noch ihre Accessorien noch endlich die Grund- oder Rentenschuld gehören weiterhin zu seinem Vermögen, seine Gläubiger können sie nicht mehr pfänden, sie fallen nicht mehr in seine Konkursmasse. Seine Beteiligung äussert höchstens insofern noch Nachwirkungen, als er verpflichtet ist, die entsprechenden Willenserklärungen abzugeben. Er ist für alle diesbezüglichen Klagen passiv legitimiert (z. B. Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung, auf Erteilung eines Anerkenntnisses des erfolgten Forderungsüberganges in öffentlich beglaubigter Urkunde).[2] Gegen die trotz des Forderungsüberganges betriebene Zwangsvollstreckung hat der Schuldner die Einwandsklage aus § 767 C.P.O., der Eingetretene aus § 771 a. a. O.

b. **Gegenüber dem Eingetretenen.**

1. Bei rein chirographarischen und dinglich oder durch Verbürgung gesicherten For-

[1]) So auch Böhm a. a. O. S. 205.

[1]) Vgl. auch Oberneck a. a. O. S. 577.

derungen. Er ist Gläubiger der Forderung geworden ipso iure kraft Gesetzes. Die Forderung gehört jetzt zu seinem Vermögen. Seine Gläubiger können sie pfänden lassen; sie fällt in seine Konkursmasse. Wird sie von den Gläubigern des Abgefundenen gepfändet, so kann er gemäss § 771 C.P.O. intervenieren.

Er kann ferner vom Abgefundenen Auskunft über die Forderung (§ 402 B.G.B.) und auch Quittung verlangen. Er kann überhaupt Aushändigung aller zum Beweise dienenden Urkunden verlangen, insbesondere des Schuldscheins, selbstverständlich aus des Titels zur Zwangsvollstreckung. Er kann vom Schuldner in gleicher Weise Leistung verlangen, wie es der abgefundene Gläubiger gekonnt hätte.

Kraft seines Gläubigerrechts stehen ihm daher zu

a) alle pfandrechlichen Sicherungen, mithin
   - α) die dafür bestellten Hypotheken, Einzel- und Gesamthypotheken (§ 1173 B.G.B.);
   - β) Mobiliarpfandrechte;
   - γ) die persönlichen Sicherungen, also die Rechte aus Bürgschaften (§ 401);
   - δ) alle sonstigen Sicherungen, wie Vorzugsrechte, gestellte Sicherheiten, und zwar ipso facto mit und durch die Befriedigung.

Daraus ergibt sich für das Grundbuchrecht: es bedarf dazu weder der Eintragung bei Buchhypotheken noch der Übergabe des Briefes bei Briefhypotheken.[1]

[1]) Um aber gutgläubigen Erwerb Dritter nach § 892 B.G.B. auszuschliessen, wird er sich bei ersteren die zur Berichtigung nötigen Urkunden ausstellen lassen sowie die Berichtigung

In den Fällen, wo der Eingetretene die Stellung des sogenannten Drittverpfänders hatte, d. h. jemandes, der seine Sache (Grundstück bezw. Fahrnis) für fremde Schuld verhaftet hat, treten noch folgende Besonderheiten ein; im Falle des § 1143 Abs. I S. 1:

> »Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über«

entsteht eine Hypothek des Eigentümers.[1] Sie bleibt Hypothek, da dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, die aber ruht. Sie wird nicht Grundschuld. Vgl. § 1177 Abs. II:

> »Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu, so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften.«

Im Falle des Bestehens einer Gesamthypothek für die Forderung geht erstere auf den Befriedigenden unter Forthaftung aller mithaftenden Grundstücke über, vorausgesetzt, dass das bedrohte Recht an allen mithaftenden Grundstücken besteht oder wenigstens an den durch die Zwangsvollstreckung in Anspruch genommenen.[2]

---

veranlassen und bei letzteren auch noch den Brief aushändigen lassen müssen (vgl. auch S. 109 unter b).

[1]) Die sogen. forderungsbekleidete Hypothek Dernburgs. Vgl. auch Schwind a. a. O. S. 116.

[2]) Vgl. auch Turnau-Förster a. a. O. Bem. 10 zu § 1150. — Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1150.

Der befriedigende Eigentümer aber erwirbt die Hypothek nur an seinem Grundstück, an den übrigen Grundstücken erlischt sie, während die Forderung in ihrem ganzen Umfange auf ihn übergeht (§ 1173 Abs. I S. 1).[1]

Analog ist der Miteigentümer zu behandeln. Nach § 1114 B.G.B. gilt für das Hypothekenrecht der ideele Eigentumsanteil eines Immobile als ein quasi-selbständiges Grundstück. Befriedigt einer der Miteigentümer für sich, so geht die Hypothek nicht auf alle über, sie fällt auch nicht dem Befriedigenden zu, sondern sie bleibt, während sie im übrigen erlischt, nur bestehen an seinem Anteile und, soweit er ersatzberechtigt ist, an den Anteilen der übrigen.

b) Der Besitz und das Eigentum der Hypothekenbriefe und sonstiger die Forderung betreffenden Urkunden (Schuldschein). Vgl. §§ 402, 1144 B.G.B. Ihre Aushändigung kann er im Wege der Klage erzwingen.

c) Ausstellung aller zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden, also nach § 403 B.G.B.

---

[1]) Wegen der Ausgleichung vgl. § 1173 Abs. II:
»Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruches auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke eine Gesamthypothek.«

eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses des gesetzlichen Forderungsüberganges.[1] Vgl. § 1155 a. a. O.

Ist er der Eigetümer, so kann er verlangen Ausstellung aller zur Löschung erforderlichen Urkunden (§ 1144).

Befriedigt der Eingetretene nicht vollständig, sondern nur anteilsweise, so hat er die vorstehend ausgeführten Befugnisse nur pro rata. Besonders ausgesprochen sind die sich hieraus ergebenden Konsequenzen durch § 1145 (§ 1150) B.G.B. für den Fall der hypothekarisch gesicherten Forderung.

Ist der Gläubiger nur teilweise befriedigt, so braucht er dem Eingetretenen den Hypothekenbrief nicht auszuhändigen. Der Gläubiger ist nur verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken (bei Buchhypotheken Quittung oder Anerkenntnis in beglaubigter Form über den Teilbetrag zu erteilen) und den Brief zum Zweck der Berichtigung (beim Eigentümer der Löschung) des Grundbuchs dem Grundbuchamt vorzulegen bezw. für Herstellung eines Teilhypothekenbriefes zu sorgen.[2]

Für das Mobiliarpfandrecht ergeben sich als Konsequenzen: Grundsätzlich steht es dem Befriedigenden, der Dritter ist, so zu, wie es dem Abgefundenen zu-

[1]) So auch Matthiass a. a. O. Bd. I. S. 411. — Fuchs a. a. O. Bem. 4a und 4c S. 464.

[2]) Um den Briefbesitzer an einem Missbrauch seiner Rechtsstellung zu hindern, kann im Wege einstweiliger Verfügung die Verwahrung des Briefes an dritter Stelle angeordnet werden. Vgl. Predari, Grundbuchordnung Teil II S. 183 und S. 240/241.

stand. Befriedigt dagegen der Pfandeigentümer, so erlischt das Pfandrecht, bestehen aber bleibt es auch hier, wenn es mit dem Recht eines Dritten belastet ist, und es wird ferner bei rechtlichem Interesse des Eigentümers an seinem Fortbestande als weiter bestehend fingiert (§ 1256 B.G.B)

Für die bürgschaftlich gesicherte Forderung ergeben sich besondere Konsequenzen nur in dem Falle, dass sie als Sicherung mit einer pfandrechtlichen konkurriert.

Was hier zunächst das Grundstückspfandrecht betrifft, so besteht, solange die entstandene Eigentümerhypothek dauert, die Bürgschaft unverändert fort, lässt aber der Drittverpfänder die Eigentümerhypothek löschen, so wird der Bürge nach § 776 B.G.B. insoweit frei, als er andernfalls aus dem Grundstücke hätte Ersatz verlangen können.

Beim Fahrnispfande scheint sich als Konsequenz ergeben zu sollen: Das Pfandrecht dauert fort, und der Eingetretene kann gegen den Bürgen daher die volle Forderung geltend machen. Denn nach § 1256 B.G.B. würde das Pfandrecht als weiterbestehend gelten, da das Interesse des Eigentümers sich aus §§ 774, 776 a. a. O. ergibt.

Damit aber steht der Wortlaut des § 1225 Satz 2 in Widerspruch:

»Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung.«

§ 774 seinerseits lautet:

»Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. — Mitbürgen haften einander nur nach § 426.«

Dieser letztere § besagt:

»Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht anderes bestimmt ist. —.«

Aus diesen Vorschriften entnimmt Planck[1] die Norm: der Eingetretene könne nur nach § 426 Ersatz verlangen, während Biermann[2], Endemann[3], Kober[4] und Strohal[5], wie oben gesagt, entscheiden, allerdings zum Teil mit abweichender Begründung.

Planck's Meinung will uns in keinem Falle als zutreffend erscheinen; gegen ihn hat bereits Biermann (a. a. O.) geltend gemacht, dass das Wort »einander« sich nur auf mehrere Verpfänder beziehen könne. Denn ein Verpfänder und ein Bürge hafteten einander nicht persönlich, was doch die Grundlage für den Ausgleichungsanspruch wäre. Deshalb könne von einer Anwendung des § 426 keine Rede sein, die ja auch nach des Gesetzes Worten nur eine entsprechende sein solle.

[1]) a. a. O. Erl. zu § 1225.
[2]) a. a. O. Erl. 1 zu § 1225.
[3]) a. a. O. § 141 Anm. 10.
[4]) a. a. O. Erl. 2 zu § 1225.
[5]) a. a. O. S. 374 ff.

Biermann selbst, ebenso Endemann und Kober nehmen hier ein Redaktionsversehen an, indem im § 1225 B.G.B. irrtümlich gesagt sei § 774 statt § 774 Abs. I.

Strohal, der diesen Gesichtspunkt verwirft kommt aus demselben Grunde wie wir oben im Effekt zu demselben Resultat.

Wir meinen gleichfalls, dass der von Biermann eingeschlagene Weg der rihhtige ist. Auch ergibt das schon die Geschichte unserer Stellen: § 1225 ist der § 1164 des 1. Entwurfs. In ihm war schon die Anwendung des § 676 (E. I) vorgeschrieben, der dem § 774 B.G.B. entspricht. § 676 aber lautete ganz anders als § 774 B.G.B. Es war ferner bestimmt, dass er nur analog anzuwenden sei: Als sich dann die Fassung des § 676 E. I in dem § 774 B.G.B. änderte, hat man übersehen, dies auch bei der Redaktion des § 1225 a. a. O. zu berücksichtigen. Hier aber hat man oberflächlich nur eine Zahl eingesetzt.

Man hatte also damals nur eine Berufung auf bürgschaftliche Vorschriften, soweit sie der Natur der Sache nach anwendbar waren, nicht schlechtweg im Auge.

Das Gleiche muss auch für das Gesetz gelten.

2. Bei rein dinglicher Belastung. Er ist Grund- bezw. Rentenschuldgläubiger geworden. Im übrigen gilt das vorstehend Gesagte, sofern es nicht eine persönliche Forderung zur Voraussetzung hat (§§ 1192 und 1200 B.G.B.).

Er kann verlangen Aushändigung des Grund- bezw. Rentenschuldbriefes, sowie aller die Grund- bezw. Rentenschuld betreffenden Urkunden (§§ 1192, 1200 in Verbindung mit § 1144 B.G.B.); ferner Ausstellung eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses des Überganges (§§ 1192, 1200 in Verbindung mit § 1155), eventuell Ausstellung aller löschungserforderlichen Urkunden.

Im Falle einer Gesamtschuld erwirbt der den Gläubiger befriedigende Eigentümer eines Grundstücks die Grundschuld an seinem Grundstück, an den übrigen erlischt sie. Steht ihm ein Ersatzanspruch gegen den einen oder den anderen Eigentümer zu, so geht die Grundschuld auch insoweit über, bleibt jedoch immer mit der an seinem Grundstücke Gesamtgrundschuld (§§ 1192, 1200 in Verbindung mit § 1173 B.G.B.).

Die etwa bei der Grund- und Rentenschuld noch bestehende persönliche Forderung geht nicht ohne weiteres auf ihn über, höchstens kann er obligatorische Ausgleichungsansprüche haben.[1]

Ist er zugleich Eigentümer, so wird die Grundschuld Eigentümergrundschuld.[2] Das Gleiche muss bei der Rentenschuld gelten (arg. § 1200 Abs. II).[3]

[1]) Ähnlich Böhm a. a. O. S. 205.

[2]) Vgl. § 1139b Abs. II des 2. Ehtwurfs, oben S. 105 Anm. 2.

[3]) So auch Maenner a. a. O. §§ 69 u. 70. A. M. Hachenburg a. a. O. S. 578. — Oberneck a. a. O. S. 745. — Kober, Turnau-Förster und Biermann zu § 1200.

c. Gegenüber dem Schuldner.

1. Bei rein chirographarischen und dinglich gesicherten Forderungen. Ihm gegenüber ist der Eingetretene jetzt Gläubiger[1], an ihn hat der Schuldner zu leisten, sei es Kapital, Zinsen oder sonstige Nebenleistungen; aber nur — sofern der Abgefundene ihm den Übergang nicht schriftlich mitgeteilt hat, wo er leisten kann (§ 409 B.G.B.) — gegen Aushändigung einer von dem Abgefundenen ausgestellten Anerkenntniserklärung[2] des gesetzlichen Überganges (§ 410 Abs. I B.G.B.).

Kündigungen und Mahnungen des Eingetretenen ohne eine solche kann er zurückweisen, doch muss er dies unverzüglich tun (§ 410 Abs. II a. a. O.).[3]

Im übrigen kann der Schuldner dem Eingetretenen alle Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit des Überganges gegen den Abgefundenen begründet waren (§ 404 a. a. O.), sowie selbstverständlich die gegen ihn persönlich sich richtenden (§ 774 Abs. I S. 3 in Verbindung mit § 1143 B.G.B.). Er kann eine gegen

[1]) Bei nur teilweiser Befriedigung nur teilweise, so dass das Folgende dann nur bezüglich dieses Teils gilt. Bezüglich des dem ursprünglichen Gläubiger verbleibenden Restes der Forderung gelten die sonstigen allgemeinen Grundsätze über Forderungen.

[2]) und eventuell Aushändigung des Hypothekenbriefes u.s.w. Vgl. Predari a. a. O. S. 241 Ziff. III.

[3]) An ihn schon vollwirksam kann er leisten, wenn ihm seitens des ursprünglichen Gläubigers der Übergang mitgeteilt wird, oder wenn der Eingetretene ihm eine Anerkenntniserklärung des erfolgten Überganges der Forderung auf ihn vorlegt (§ 409), auch wenn der Übergang nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.

den Abgefundenen bestehende Forderung dem Eingetretenen gegenüber aufrechnen, es sei denn, dass er bei ihrem Erwerbe von dem Übergange Kenntnis hatte, oder dass die Forderung erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die übergegangene Forderung fällig geworden. Seine Rechtsstellung darf auch hier nicht verschlechtert werden.

Wie bei der vertraglichen Übertragung, so kann auch hier der Schuldner solange an den Abgefundenen leisten, sowie Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung vornehmen, bis er von dem Übergange sichere Kenntnis hat.[1]

Bei mehrmaligem Übergange kann er analog jeden Zwischenmann als Gläubiger behandeln (§ 408 B.G.B.)

2. Bei dinglicher Belastung. Er hat dem Eingetretenen die Zinsen und sonstigen Nebenleistungen der Grundschuld zu entrichten, eventuell das Grundschuldkapital und die Rentenschuldablösungssumme zu zahlen, genau in der Weise, wie er sie an den Abgefundenen zu entrichten gehabt hätte. Hinsichtlich der etwa neben Grund- und Rentenschuld bestehenden persönlichen Forderung aber bleibt alles unverändert.

---

[1]) So Dernburg II, 1 § 139 S. 316. — Cosack a. a. O. Bd. I § 114 S. 368. (Das Kennenmüssen steht hier dem Kennen nicht gleich.)

IV. Schranken der Wirkung.

§ 14.

Nemo subrogat in se.[1]

Eine Schranke aber zieht das Gesetz den erwähnten Wirkungen:

»Der Übergang[2] kann nicht zum Nachteile[3] des Gläubigers geltend gemacht werden.« (§§ 268 Abs. III, 1143 sowie 1225 in Verbindung mit §§ 774 Abs I, 1249 B.G.B.).

In Frage kommen hier immer nur solche Nachteile, die durch den Übergang verursacht werden.[4] Es scheiden also aus alle, die schon die blosse Befriedigung herbeiführt wie z. B. die Pflicht zu quittieren (§ 368 B.G.B.), das Pfand herauszugeben (gemäss § 1251 a. a. O.).

Wann solche Nachteile vorliegen und die erwähnte Schranke durchgreift, ist quaestio facti und kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Ohne weiteres leuchtet ein, dass hierher gehört:

---

[1]) Entstammt dem Code civil Art. 1252.

[2]) Eintritt er also auch, wenn er dem Gläubiger Nachteile bringt.

[3]) Nachteile sind hier vermögensrechtliche Schädigungen.

[4]) Vgl. auch Schollmeyer a. a. O. Bem. 5 zu § 268. — Stammler a. a. O. S. 204 f. — Weissbart a. a. O. S. 54.

1) dass der nur teilweise Abgefundene dem Eingetretenen sowohl allgemein als auch insbesondere bei einer durch Hypothek, Pfandrecht oder sonstiges Vorzugsrecht gesicherten Forderung hinsichtlich der erwähnten Rechte vorgeht,

2) dass der Dritte die Aushändigung von Beweismitteln und Herausgabe von Pfändern u. s. w. nicht fordern kann, wenn sich die betreffende Urkunden noch auf andere Forderungen beziehen oder die Pfänder noch andere ihm verbleibende Forderungen versichern.[1]

Gegen den Grundsatz würde auch verstossen eine Haftung des Abgefundenen für Verität und Bonität. Er haftet vielmehr dem Eingetretenen für nichts. Anderseits ist ohne Zweifel gegen den Abgefundenen die Bereicherungsklage aus § 812 B.G.B. (nicht etwa eine Kontraktsklage) gegeben, wenn der Dritte seinen Regress gegen den Schuldner infolge der diesem bereits gegen den alten Gläubiger zustehenden Einreden ohne Erfolg geltend macht. Hier würde man also von einer Haftung des Abgefundenen für Verität sprechen können.

Streitig ist nun, wie diese Schranke verwirklicht wird. Muss der Gläubiger ihre Innehaltung überwachen,[2] oder ist die Geltendmachung rechtlich überhaupt ausgeschlossen,[3] so dass diese Schranke von

[1]) Wegen sonst noch in Betracht kommender Fälle vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 78

[2]) So Stammler a. a. O. S. 205. — Schollmeyer a. a. O. S. 78/79. — Endemann a. a. O. S. 547 Anm. 53. — Stolzenberg a. a. O. S. 96/97.

[3]) So Weissbart a. a. O. S. 53.

Amtswegen zu beachten ist und sie sogar der Schuldner einwenden kann?

Wir sind der letzteren Ansicht; denn 1) sprechen die Gesetzesworte »kann nicht« dafür[1], 2) wird der Gläubiger ja wider seinen Willen aus dem Obligationsnexus herausgedrängt. Er steht der Übertragung vollständig fern. Ihm nun auch noch die Pflicht aufzubürden, darum fortdauernd über die Obligation zu machen, fehlt es an der gesetzlichen Grundlage, 3) mutet man ihm etwas sehr häufig Unmögliches zu. Er kann weder den Schuldner noch den Eingetretenen zur Auskunftserteilung zwingen.

Wenn Schollmeyer[2] gegen die hier vertretene Anschauung ihre Konsequenzen — allerdings ohne nähere Angabe, welche — in's Feld führt und die Fassung des Gesetzes bemängelt, so erwidern wir: Uns erscheinen die Konsequenzen keineswegs als so ungeheuerlich und die von ihm vorgeschlagene Fassung: »der Übergang findet nicht statt« schafft insofern grössere Schwierigkeiten, als man danach nie weiss, inwieweit die Forderung übergegangen ist. Die ganze Stellung des Eingetretenen wäre eine unklare und ungewisse.

---

[1]) Vgl. Planck a. a. O. Bd. I S. 25.

[2]) Nach ihm hat der Abgefundene nur eine Einrede; in der Zwangsvollstreckung muss er sich berufen auf §§ 766, 771, 805 C.P.O.

Druckfehlerverzeichnis

Seite	15	Zeile	11	statt	Schiffsgart=Schiffspart.
„	20	„	27	„	quando=quanto.
„	32	„	1	„	Forderund=Forderung.
„	37	„	5	„	beinahme=beinahe.
,	75	„	15	„	S. 66=S. 59.
„	110	„	3	„	Eigetümer=Eigentümer.
„	115	Anm.	3		its=ist.
„	118	„	8	„	betreffende=betreffenden.